



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

EL CONCEPTO DE GENOCIDIO EN LA EXPERIENCIA
DE JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS PERPETRADOS
EN EL CONTEXTO DE LA ÚLTIMA DICTADURA MILITAR
EN ARGENTINA: LAS CONDICIONES DE SU
INCORPORACIÓN Y SU IMPACTO EN EL PROCESO
PENAL

Tesista: Daniel E.
Rodríguez Infante

Director: Víctor Ernesto
Abramovich Cosarín
Codirectora: Claudia
Paz y Paz

Mendoza, 2022.



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

EL CONCEPTO DE GENOCIDIO EN LA EXPERIENCIA
DE JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS PERPETRADOS
EN EL CONTEXTO DE LA ÚLTIMA DICTADURA MILITAR
EN ARGENTINA: LAS CONDICIONES DE SU
INCORPORACIÓN Y SU IMPACTO EN EL PROCESO
PENAL

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Daniel E.
Rodríguez Infante

Director: Víctor Ernesto
Abramovich Cosarín
Codirectora: Claudia
Paz y Paz

Mendoza, 2022.

*A las víctimas, familiares, y Organismos de Derechos Humanos, por poner palabras al horror,
por iniciar este camino que jamás abandonaremos, por el legado que tan caro costó*

*A mis hijxs, por serlo todo, por mostrarme el mejor mundo posible, que siempre es junto a ellxs.
Por enseñarme mucho más sobre las cosas importantes de la vida de lo que jamás imaginé
poder aprender*

A mi compañera, por sostener y acompañar, por amar

*A mi mamá, por enseñarme el horizonte en la senda de las causas justas; a mi papá, por ser
ejemplo de sacrificio y dedicación; a ambos, por tanto amor incondicional*

A mi familia, la de por acá y la de por allá, sin quienes no habría llegado hasta aquí

A la educación pública, sin la cual este camino me habría estado vedado

*A tantos y tantas otrxs, que no cabrían en estas páginas. Porque al igual que toda meta
alcanzada, cualquier mérito que pudiese tener la conclusión de esta obra es, ineludiblemente,
colectivo. Como lo son las luchas justas, a las que ella pretende honrar.*

Resumen

La investigación se propone como objetivo central determinar si, en el marco del proceso de juzgamiento que se viene desarrollando en nuestro país desde la restauración democrática, y conforme lo proponen ciertas posiciones teóricas y jurisprudenciales, resulta jurídicamente posible, o incluso necesario, conceptualizar como genocidio a los crímenes perpetrados en el contexto de la última dictadura militar y, de ser el caso, dirimir en qué términos y con qué alcance; particularmente teniendo en cuenta los desafíos que plantea la motivación esencialmente política que caracterizó a la represión estatal en dicho período y la exclusión de los grupos políticos de aquellos colectivos protegidos por ese tipo penal internacional.

A tales efectos, se procura determinar si, tal como se postula desde esas posiciones, los hechos perpetrados en el marco del accionar represivo estatal pueden o no ser válidamente considerados al amparo de la noción de exterminio parcial de un grupo nacional, colectivo este último que sí se encuentra contemplado entre aquellos a los que puede dirigirse la intención genocida.

Con ese propósito se precisan, en primer término, los elementos dogmáticos y presupuestos de aplicación de aquella figura, como también de la de crímenes de lesa humanidad, mayoritariamente recogida por la jurisprudencia local.

Seguidamente, se evalúan las posibles condiciones de su incorporación desde dos planos. El primero de ellos se refiere al ámbito estrictamente sancionatorio del sistema penal, y en ese marco la investigación procura delimitar, en términos estructurales, las alternativas teóricas bajo las cuales, teniendo en consideración los límites que impone el principio de legalidad penal, podría válidamente considerarse el delito de genocidio frente a escenarios de destrucción grupal motivados por razones sustancialmente políticas, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. El segundo de los abordajes supone determinar si, más allá de la viabilidad normativa de su incorporación en términos punitivos, resulta posible -o incluso exigible- considerar esta figura desde una perspectiva no sancionatoria, a cuyo efecto se examinan las obligaciones que pesan sobre el Estado Argentino en torno a la investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, con miras a establecer cualquier incidencia que aquellas pudieren tener a ese respecto. Finalmente, se releva el estado de situación de la jurisprudencia nacional en la materia.

En ese marco, la investigación concluye que, bajo ciertas premisas y con el alcance estrictamente simbólico que en ella se determina, resulta posible —e incluso ineludible— la incorporación del concepto de genocidio en los procesos penales vinculados con

delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar, sin desplazar -por cierto- a la calificación de aquellos como crímenes de lesa humanidad, figura ésta que debe ser preservada en tanto constituye la única de la que pueden desprenderse válidamente aquellas consecuencias de naturaleza estrictamente punitiva.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	9
2. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
2.1. Razones que motivaron la elección de la temática.....	11
2.2. Objetivos propuestos.....	12
2.3. Marco temporal.....	13
2.4. Estrategia metodológica.....	14
3. MARCO TEÓRICO	16
3.1. Los crímenes internacionales	16
3.1.1. Genocidio	17
3.1.1.1. La intención de destruir total o parcialmente un grupo.....	23
3.1.1.2. Los grupos protegidos.....	33
3.1.1.2.1. Lineamientos centrales de los posicionamientos que caracterizan como genocidio los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar argentina: su consideración al amparo de la noción de exterminio parcial de un grupo nacional.....	42
3.1.1.3. Las controversias en torno a un elemento contextual y/o político.....	57
3.1.2. Crímenes de lesa humanidad	66
3.1.2.1. Los cambios experimentados por esta figura y su impacto en el caso argentino.....	67
3.1.2.2. El valor normativo de los crímenes de lesa humanidad en el plano de la costumbre internacional y su recepción en el derecho nacional.	73
3.1.2.3. El elemento contextual.....	88
3.1.2.4. El elemento político.....	90
3.1.2.5. El alcance de las controversias referidas al carácter indiscriminado del ataque.....	96
3.2. El plano sancionatorio: análisis estructural sobre las posibilidades normativas bajo las cuales se puede considerar la figura de genocidio frente a escenarios de destrucción grupal motivados en razones esencialmente políticas	99
3.2.1. La exclusión de los grupos políticos en el concepto internacional de genocidio: crítica.	103
3.2.2. Análisis normativo criminal en torno a las posibilidades de consideración de los grupos políticos en la conceptualización de genocidio pese a su exclusión de los instrumentos internacionales.	103
3.2.2.1. Posibilidades de incorporación en forma autónoma.....	104
3.2.2.1.1. Escenario nacional.....	104
3.2.2.1.2. Escenario internacional.....	105
3.2.2.2. Posibilidades de considerar esta figura a partir de las definiciones actuales: la eliminación motivada en razones esencialmente políticas como destrucción parcial de un grupo nacional.	108
3.2.2.2.1. Validez hermenéutica de la conceptualización bajo análisis.	108
3.2.2.2.2. Posibilidades normativas para su incorporación en términos de derecho sustantivo criminal.	113

3.2.2.2.1. Escenario internacional.....	113
3.2.2.2.2. Escenario nacional.....	123
3.3. El plano no sancionatorio: las obligaciones de investigar, sancionar y reparar violaciones a los Derechos Humanos y su incidencia sobre los procesos de investigación y juzgamiento locales.....	124
3.3.1. El contenido de dichos deberes conforme la jurisprudencia internacional.....	127
3.3.1.1. El contenido específico de los deberes de investigar, sancionar y reparar en supuestos de graves violaciones a los Derechos Humanos	127
3.3.1.2. El derecho a la verdad	132
3.3.1.2.1. Su relevancia para el objeto de nuestra investigación	132
3.3.1.2.2. Anclaje normativo	133
3.3.1.2.3. Contenido y alcance	137
3.3.2. La responsabilidad del sistema de administración de justicia y el control de convencionalidad.....	139
4. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.....	144
4.1. Introducción.....	144
4.2. Aspectos metodológicos	145
4.3. Los casos que llegaron a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	145
4.4. Los precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal	154
4.5. Los precedentes de los Tribunales Orales	174
5. TOMA DE POSICIÓN EN TORNO A LA CONSIDERACIÓN DE LA FIGURA DE GENOCIDIO EN EL PROCESO DE JUZGAMIENTO LLEVADO A CABO EN NUESTRO PAÍS.....	177
5.1. Propuesta de <i>lege ferenda</i>	178
5.2. Plano sancionatorio: inviabilidad de su incorporación.....	178
5.2.1. Referencias en torno a su incorporación como tipo	179
5.2.2. Referencias sobre su relación con la imprescriptibilidad	181
5.2.3. Referencias sobre su impacto en la pena.....	182
5.3. Plano simbólico: viabilidad y obligatoriedad de su consideración	183
5.3.1. Validez hermenéutica de la conceptualización (remisión) y verificación, en el caso argentino, de las premisas fácticas en las que aquella interpretación se sustenta.....	183
5.3.2. La ineludible preservación de la figura de crímenes contra la humanidad como correlato del carácter estrictamente simbólico de la incorporación del genocidio.	184
5.3.2.1. Análisis sobre la viabilidad de convergencia conceptual entre ambas figuras a partir de las relaciones concursales que hipotéticamente podrían plantearse entre ellas. La relevancia de la figura de crímenes contra la humanidad.	185

5.3.2.2.	Breve referencia sobre el argumento de la evitación del efecto expansivo de los crímenes de lesa humanidad	196
5.3.3.	Respaldo normativo para la consideración simbólica de esta figura y obligatoriedad de su incorporación.....	197
6.	CONCLUSIONES	204
7.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DEMÁS FUENTES.....	206
7.1.	Referencias bibliográficas	206
7.2.	Jurisprudencia internacional y demás decisiones emitidas en trámites internacionales de carácter contencioso	210
7.2.1.	Sistema Interamericano de DDHH	210
7.2.2.	Sistema Europeo de DDHH	213
7.2.3.	Corte Internacional de Justicia	213
7.2.4.	Tribunales Penales Internacionales	213
7.2.4.1.	Tribunal de Núremberg	213
7.2.4.2.	Tribunal Penal Internacional para Ruanda	213
7.2.4.3.	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia	214
7.2.4.4.	Corte Penal Internacional.....	215
7.3.	Jurisprudencia Nacional	215
7.3.1.	Corte Suprema de Justicia de la Nación	215
7.3.2.	Cámara Federal de Casación Penal.....	216
7.3.3.	Tribunales Orales	217
7.4.	Otras fuentes documentales.....	217

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también Convención o Convenio Europeo de Derechos Humanos)
CFCP	Cámara Federal de Casación Penal
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DDHH	Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Sistema IDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TOF	Tribunal Oral Federal
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

¿Por qué ocurrió esto? Porque había un plan sistemático, usaron a esta gente como medio, no tiene nombre, estaban convencidos de la masacre, del genocidio, de las atrocidades (...). No he podido cerrar la historia, yo sé que mi mamá está muerta.

Pero no puedo hacer ni una historia clínica. Lo que tengo de mi vieja es lo que tengo en esa bolsa, nada más. Nos robaron todo, nos cagaron la vida, llevo toda una vida esperando estar sentada acá (...). Yo quiero los restos de mi vieja, quiero ir con mis hijos y llevarle una flor a mi vieja.

María Victoria Benítez. Hija de Elvira Orfila Benítez (desaparecida). Testimonio brindado en el denominado “Mega-juicio” o “Juicio a los ex magistrados federales”, celebrado en la Provincia de Mendoza. Audiencia del 10 de noviembre de 2014.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de juzgamiento de los crímenes perpetrados en nuestro país por el accionar represivo estatal desplegado *en el contexto*¹ de la última dictadura militar ofrece múltiples abordajes, no sólo desde el campo del Derecho, sino también desde otras diversas disciplinas como la psicología, la historia, la sociología, la ciencia política, entre muchas otras.

Si embargo, hay un aspecto que no exhibe aún un desarrollo acorde en el plano estrictamente jurídico: el relativo a la conceptualización de estos crímenes bajo la figura de genocidio. En efecto, y pese a que parte de la jurisprudencia nacional ha tomado en consideración ese delito con diversos matices, lo cierto es que son escasas las investigaciones que, desde la doctrina jurídica, han examinado detalladamente el alcance de aquellas conceptualizaciones.

Emprender ese análisis supuso intentar dar respuesta a algunos interrogantes: ¿Es posible trasladar a los procesos penales desarrollados en nuestro país los fundamentos sostenidos desde otras disciplinas para conceptualizar como genocidio los crímenes perpetrados en el contexto de la última dictadura militar? ¿Es relevante –o incluso necesaria- la incorporación de esa figura? ¿Qué objeciones se han planteado o pueden plantearse frente a su consideración en el proceso? ¿Existen soluciones plausibles frente a tales cuestionamientos? ¿Resultan acertadas las formas bajo las cuales la jurisprudencia nacional ha recogido esta figura y, en particular, el modo en que se la

¹ El vocablo *contexto* será utilizado aquí a efectos de delimitar el marco temporal de comisión de los delitos cuyo proceso de enjuiciamiento conforma nuestro objeto de estudio, a efectos de abarcar, bajo ese término, tanto los crímenes perpetrados *durante* la dictadura militar como los ejecutados en la *antesala* de aquella – en tanto estos últimos integran también el objeto de diversos procesos en trámite en nuestro país- (ver al respecto apartado 2.3).

vinculado con la categoría de crímenes de lesa humanidad? ¿Pueden ensayarse fórmulas más adecuadas? ¿En términos sustantivos y procesales, qué extremos deben tenerse en cuenta para introducir ese concepto? ¿Cuál es el impacto de la consideración de esa figura sobre los procesos en curso?

Nuestra hipótesis central que, valga anticiparlo, entendemos logró ser corroborada tras el resultado de la investigación emprendida, supone afirmar que bajo ciertas premisas y con el alcance estrictamente simbólico que será oportunamente precisado, resulta posible –e incluso ineludible- la incorporación del concepto de genocidio en los procesos penales actualmente en curso en nuestro país, sin desplazar -por cierto- a la calificación de tales delitos como crímenes de lesa humanidad, figura esta última que, en función de los límites que supone el principio de legalidad, debe ser preservada en tanto solo de ella pueden desprenderse aquellas consecuencias estrictamente sancionatorias.

El hecho de obtener los restos de mi papá, fue una sensación que no sé si tiene que ver con alivio, ni con una herida que se cierra, por supuesto que es importantísimo saber dónde está mi padre. Me permite descender en ese pozo de 40 metros para ver dónde estuvo mi padre durante más de 30 años. Sin embargo, la situación de encontrarlo, y la situación de encontrarme con mi mamá, no va a resolver la ausencia de mis padres, mi papá no me ayudo a andar en bicicleta ni atarme los cordones, mi mamá no me enseñó a hacer la tarea (...) Habría que inventar palabras para definir todas las atrocidades que hizo el genocidio. Y como todas las cosas que nos dejó el genocidio, nos priva de la palabra y nos empuja a definir palabras nuevas, para poder contar lo que uno siente. Hay que buscar esas palabras, hay que encontrarlas, hay que salir a romper con ciertos estereotipos. Es la angustia, la herida, el vacío, la ausencia, pero todo esto no es una mínima parte de todo lo que siento. Es ese dolor, es ese vacío permanente, esa necesidad de buscar las piezas para reconstruir lo que pasó, que nos permita darle sentido a la vida, a pesar de que la búsqueda pueda llegar a salir negativa. La recopilación de una historia que sigue ahí, porque el dolor no terminó en el 83, porque aquellas causas que generaron esa búsqueda todavía siguen.

Ernesto Espeche. Hijo de Carlos Espeche y de Mercedes Vega. Carlos permaneció desaparecido durante décadas, hasta que en el año 2014 sus restos fueron recuperados del Pozo de Vargas, sitio de inhumación clandestina utilizado en Tucumán durante el accionar represivo estatal. Mercedes aún continúa desaparecida. Testimonio brindado en el denominado “Mega-juicio” o “Juicio a los ex magistrados federales”, celebrado en la Provincia de Mendoza. Audiencia del 08 de junio de 2015.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Razones que motivaron la elección de la temática

La constatación de la relevancia que víctimas, familiares y organismos de Derechos Humanos asignan al genocidio como figura predominante en el plano simbólico y discursivo vinculado con los delitos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar fue, sin dudas, el motivo central que impulsó esta investigación. La trascendencia que esa categoría tiene para quienes integran tales espacios es claramente verificable con sólo atender a las múltiples expresiones sociales y culturales que giran en torno a la celebración de estos juicios (consignas, cartelería, comunicados, expresiones artísticas, etc.), en las cuales, desde hace décadas, se verifica la pulsión por propiciar la figura de genocidio para aquellos delitos. Sin dudas, la intención de contribuir a determinar si tales pretensiones son o no factibles en el campo estrictamente jurídico del proceso de juzgamiento de nuestro país constituyó el punto de partida de este trabajo.

A su vez, la verificación de la preeminencia que dicha figura tiene en los análisis que se han emprendido desde ciertas disciplinas (particularmente la sociología y la ciencia política, desde las cuales desde hace años se viene conceptualizando como genocidio al proceso criminal desplegado en el contexto del último gobierno dictatorial de nuestro país) y, como contracara de aquello, la escasa atención que dicha conceptualización ha tenido en el campo de las ciencias jurídicas (con salvedad de la jurisprudencia que ha recogido aquellas posiciones), constituyó también una motivación para emprender este trabajo.

Y es que, entre las posibles razones de esa desaprensión teórica por parte de la doctrina jurídica argentina, parece ocupar un lugar protagónico la percepción general de que la cuestión resulta relativamente irrelevante para el proceso de juzgamiento local, sobre la base de que las consecuencias estrictamente punitivas que se podrían derivar de aquella figura -la imprescriptibilidad, por ejemplo-, se encuentran ya satisfechas por el encuadre de aquellos hechos como crímenes de lesa humanidad que mayoritariamente postula la jurisprudencia nacional. La posibilidad de que allí radique, al menos en parte, la explicación para el desinterés exhibido en torno a la cuestión, se ve reforzada por el tenor de cierta jurisprudencia emitida por la propia Cámara Federal de Casación Penal, que -tras constatar la ausencia de efectos jurídicos para los acusados- parece restarle cualquier otra trascendencia al tema.

Pues bien, la posibilidad de poner en crisis ese pragmatismo forense, a partir de la comprensión de que los juicios penales vinculados con delitos de tal envergadura expresan un sentido que, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en modo alguno puede agotarse en la satisfacción de las consecuencias estrictamente sancionatorias, constituyó -como dijimos- una motivación adicional para nuestro estudio.

Finalmente, a las razones que inicialmente impulsaron esta investigación se sumó la expectativa de explorar la jurisprudencia local que se ha ocupado de la cuestión, la cual -a diferencia de lo que ocurre con la doctrina jurídica nacional- sí exhibe cierto nivel de desarrollo y, con ello, ofrece un campo fértil para su contrastación teórica.

2.2. Objetivos propuestos

Con la presente investigación se procura, como objetivo central, determinar si en el marco de los procesos penales desarrollados en torno a los crímenes perpetrados en el contexto de la última dictadura militar, resulta viable -y eventualmente, necesario-

conceptualizar tales hechos como genocidio y, de ser el caso, precisar el alcance y sentido que válidamente podría asignarse a la incorporación de esa figura.

A tales efectos, la investigación persigue, concomitantemente, los siguientes objetivos específicos:

- Identificar, desde la dogmática penal, los elementos definitorios de las figuras de genocidio y crímenes de lesa humanidad, y determinar cuál es el impacto que la consideración de cada una de ellas puede tener en el proceso de juzgamiento que atraviesa nuestro país.
- Releva las obligaciones internacionales del Estado Argentino en la materia a efectos de determinar su eventual incidencia en torno a la adecuada conceptualización del fenómeno criminal perpetrado en nuestro país.
- Explorar los modos bajo los cuales la jurisprudencia nacional ha incorporado dicha figura y, de ser el caso, dirimir si pueden elaborarse algunas propuestas superadoras o diferenciadas.

2.3. Marco temporal

En términos generales, puede decirse que la presente investigación se vincula con los modos de conceptualizar jurídicamente los hechos criminales perpetrados en el contexto represivo estatal desarrollado a partir de la década de 1970 y hasta el retorno democrático, el 10 de diciembre de 1983.

Ahora bien, en lo que hace a dicho marco temporal, si bien el momento conclusivo del período comisivo de tales crímenes no ofrece dificultades (en tanto claramente finaliza con el advenimiento de la democracia)², no ocurre lo mismo con el punto de inicio de la cronología planteada, particularmente en cuanto supone definir si los hechos perpetrados *antes* del golpe militar que tuvo lugar el 24 de marzo de 1976 deben o no ser tenidos en cuenta y, en ese caso, hasta qué punto del pasado reciente de nuestro país debería retrotraerse el presente análisis.

² Ello, claro está, sin perjuicio del carácter permanente de ciertas conductas criminales (la apropiación de niños y niñas o la desaparición forzada) que, aun cuando comenzaron a perpetrarse durante ese período, continuaron consumándose hasta mucho después -e incluso hasta la actualidad-.

Por otro lado, tampoco desconocemos que para ciertos abordajes sociológicos el proceso genocida -bajo el cual conceptualizan los delitos perpetrados en nuestro país- extiende sus efectos hasta mucho después del advenimiento de la democracia. Sin embargo, el marco temporal aquí fijado en los términos indicados se refiere a los hechos criminales en concreto -y no a las consecuencias que estos pudieren proyectar-, sin perjuicio de que algunas referencias en torno a esa proyección serán igualmente relevadas en la medida en que resulten pertinentes para sustentar las posiciones que propician aquella conceptualización.

Por tal motivo, y en tanto nuestra investigación tiene por objeto central dirimir la viabilidad de conceptualizar como genocidio aquellos hechos que son examinados por el actual *proceso de juzgamiento*, el marco fijado tendrá anclaje en la propia temporalidad determinada por los procesos judiciales en curso. Precisamente por ello, y en tanto éstos han abarcado no sólo los crímenes perpetrados *durante* la dictadura militar sino también los ejecutados en la *antesala* de aquella³, será ese marco el que delimitará temporalmente las indagaciones que aquí emprenderemos, por lo que nos enfocaremos en el período 1975/1983⁴.

En definitiva, y tal como expresamos en la introducción, se recurre aquí a la expresión “*contexto de la última dictadura militar*” para definir el referido marco temporal de comisión de los crímenes cuya calificación y/o conceptualización constituye el objeto de esta investigación.

2.4. Estrategia metodológica

A efectos de dar respuesta a los interrogantes planteados y de cumplimentar los objetivos propuestos, se organizó la investigación sobre la base de la estructura metodológica que subsiguientemente detallamos:

- a) En primer lugar, se determinaron los aspectos teóricos esenciales de los delitos de lesa humanidad y genocidio, con particular énfasis en la finalidad de exterminio exigida por esta última figura y en la determinación de los grupos protegidos por ese tipo penal.
- b) Posteriormente se indagó, desde un plano estrictamente sancionatorio y teniendo en consideración los límites que impone el principio de legalidad, sobre las posibilidades normativo-criminales bajo las que podría ser considerada la figura de genocidio frente a escenarios de destrucción grupal motivados en razones esencialmente políticas.
- c) Luego, y a efectos de verificar cualquier incidencia que, en términos no punitivos, pudiere derivarse del Sistema Internacional de Derechos Humanos, se relevó el alcance y contenido de los deberes de investigar, sancionar y reparar graves violaciones a los

³ Incluso, tal como se verá, parte de los propios precedentes jurisprudenciales que han recogido expresamente la figura de genocidio aluden a una temporalidad cuyo inicio sitúan antes del golpe militar que tuvo lugar el 24 de marzo de 1976 -con expresiones tales como “*el genocidio nacional ocurrido entre los años 1975 y 1983*”.

⁴ No desconocemos que en algunas de las causas tramitadas en el actual proceso de juzgamiento se han abarcado hechos perpetrados durante la *penúltima* dictadura militar, tal como ocurre con el juicio vinculado a la Masacre de Trelew, o el referido a la desaparición forzada del matrimonio conformado por Marcelo Verd y Sara Palacio, celebrado en la provincia de Mendoza, sin embargo, no retrotraeremos hasta allí nuestras indagaciones, en tanto la tesis procura centrarse, como ya indicamos, en el contexto específico de la última dictadura militar.

derechos humanos, particularmente cuando estas son perpetradas mediante la comisión de crímenes internacionales.

d) Seguidamente se sistematizó y analizó críticamente la jurisprudencia nacional que ha receptado la figura de genocidio, delimitando su alcance, contenido, y las condiciones en que dicha incorporación ha tenido lugar.

e) Por último, y a partir de todo el desarrollo realizado, se llevó a cabo un análisis dirigido a determinar, concretamente, la viabilidad -y eventualmente la necesidad- de considerar dicha figura en los procesos en curso, precisando las condiciones que deben ser tenidas en cuenta para ello. Al hacerlo, se determinaron los presupuestos sustantivos y procesales que exige la incorporación plausible de este concepto, con especial atención a la interacción entre dicha figura y la de crímenes de lesa humanidad.

En todo este tiempo de construcción de [nuestra organización como] Familiares nos hemos ido enfrentando con lo de afuera y con nosotros mismos. Pasamos de ser personas que no podíamos pronunciar la palabra “compañeros”, que no podíamos hablar sobre la militancia de nuestros seres queridos; luego empezó a aparecer la figura de la desaparición forzada como parte del terrorismo para generar incertidumbre, nos robaron la muerte que es una parte muy rica de la vida. Así hemos llegado resistiendo, a veces mal, desilusionados, cansados, pero siempre había uno que decía “hay que seguir”

Mariú Carrera. Compañera de Rubén Bravo (desaparecido), hermana de Marcelo Carrera (desaparecido) y cuñada de Adriana Bonoldi (también desaparecida, y embarazada al momento de su secuestro). Testimonio brindado en el primer juicio por delitos de lesa humanidad celebrado en la Ciudad de Mendoza. Audiencia del 2 de diciembre de 2010.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. Los crímenes internacionales

El Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han ido delimitando diversas categorías de delitos particularmente lesivos, que han sido definidos como crímenes internacionales. Tal es el caso de los crímenes de guerra, el crimen de agresión, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, siendo estas dos últimas figuras las que interesan concretamente a los efectos de esta investigación.

Por razones de claridad expositiva, y aun cuando la conceptualización de estos crímenes ha experimentado ciertos cambios desde su surgimiento y hasta su reciente recepción en el Estatuto de Roma (particularmente en el caso de los crímenes contra la humanidad), ordenaremos este análisis a partir del modo en que han sido recogidos por dicho tratado, tomándolo como base para dar cuenta de la estructura general de cada tipo penal, de sus elementos característicos y, en definitiva, de la delimitación entre uno y otro delito -ello, sin perjuicio de tomar nota, cuando ello tenga incidencia para nuestro objeto de estudio, de aquellos extremos que han experimentado algún tipo de transformación o desarrollo relevante-.

Ahora bien, en ese instrumento, ambas figuras aparecen reguladas -al igual que los crímenes de guerra y el crimen de agresión- como categorías de un género que dicho tratado identifica como “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional*” (así se los menciona en dos oportunidades en el preámbulo, como también en los artículos 1 y 5), o como “*crímenes internacionales*” (terminología también

utilizada, en una oportunidad, en el preámbulo). Serán precisamente éstas las expresiones que utilizaremos en la presente investigación para referirnos al género (en el caso de la primera lo haremos en su forma abreviada, esto es, simplemente como *crímenes más graves* del derecho internacional o *core crimes*, conforme se los denomina usualmente).

Sin perjuicio de lo anterior, valga aquí anticipar que aún hoy se puede observar la utilización de la expresión *crímenes de lesa humanidad* para definir una suerte de género que incluiría al *genocidio* como categoría específica. Incluso, es posible encontrar una acepción aún más amplia que supone, lisa y llanamente, la equiparación de aquella figura con el género mismo de crímenes internacionales. No obstante, entendemos que, si bien ello pudo resultar admisible en etapas primigenias de este desarrollo, no constituye hoy la expresión más adecuada para identificar al catálogo de estos crímenes, precisamente porque al haberse autonomizado cada uno de los delitos que lo integran, aquella denominación ha quedado reservada para una de las especies -crímenes de lesa humanidad propiamente dichos-.

3.1.1. Genocidio

Como es ampliamente sabido, tanto el concepto como el término mismo de genocidio corresponden a Raphael Lemkin, quien logró acuñar ese vocablo para designar al hasta entonces denominado *crimen sin nombre*⁵. En su libro "Las Reglas del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación, análisis de gobierno, propuestas de reparación", definió a este delito como "*la aniquilación coordinada y planeada de un grupo nacional, religioso o racial, por una variedad de acciones llevadas a cabo, apuntando a los fundamentos esenciales que hacen a la supervivencia del grupo*"⁶. Ideó dicho término a partir de la

⁵ El propio Lemkin expresó haberse abocado a la tarea de buscar una denominación para este crimen, tras escuchar una declaración que Winston Churchill realizara en la radio durante el año 1941, en la que aludía a las acciones que estaba llevando a cabo el nazismo como un "crimen sin nombre". Véase: Berg Institute, Totalmente extraoficial - Autobiografía de Rafael Lemkin, D. Frieze y J. González Ibáñez, Edits. (España: Berg institute-fundación Berg oceana aufklärung, 2018).

En ese discurso, brindado a la BBC, Churchill había sostenido: "*Toda Europa ha sido devastada y pisoteada por las armas mecánicas y la furia bárbara de los nazis (...). A medida que avanzan sus ejércitos, son exterminados distritos íntegros –denunció Churchill–. Estamos en presencia de un crimen que no tiene nombre*". Véase: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, «Raphael Lemkin, padre de la convención sobre genocidio,» *Nuestra Memoria Año XV · Nº 31*, 11-128 (2009).

⁶ Raphael Lemkin, *Axis Rules in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Segunda Edición ed., New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2008).

combinación entre el vocablo griego “*genos*” -que significa raza- y la palabra latina “*caedere*”, proyectada en el sufijo “*cidio*” -que se traduce como matar-⁷.

Valga aclarar que nos circunscribimos aquí al surgimiento del genocidio como concepto jurídico, lo que no implica desconocer sus antecedentes inmediatos⁸, y muchos menos el hecho de que dicha figura vino a demarcar una modalidad criminal que puede rastrearse muy hacia atrás en la historia de la humanidad⁹.

En cuanto a su desarrollo posterior, si bien dicho delito no fue contemplado en el estatuto de Nuremberg y tampoco considerado finalmente en la sentencia del Tribunal -en la que, al momento de calificar las conductas de los acusados, se recurrió a la figura de crímenes contra la humanidad-, lo cierto es que, a raíz de la propia tenacidad de Lemkin, el concepto sí fue utilizado durante las audiencias del juicio e incluso aparece en el acta de acusación¹⁰. En su libro “Calle Este-Oeste”, Philippe Sands, en formato de novela, da cuenta de los esfuerzos de aquel jurista y de las resistencias que enfrentó en el marco del referido proceso¹¹.

⁷ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 414.

⁸ En tal sentido, por ejemplo, el propio Lemkin venía señalando desde el año 1933 el alcance de esta nueva figura criminal -aún no bajo esa denominación-, tal como lo relata Martín Lozada (citando a Power), al relevar el informe especial presentado por Lemkin en ocasión de la V Conferencia para la Unificación del Derecho Penal llevada a cabo en Madrid, entre el 14 y 20 de octubre del año 1933, en cuyo marco propuso que se declararan delitos contra el derecho de gentes ciertos actos dirigidos a destruir una colectividad racial, religiosa o social, que en esa oportunidad definió como “barbarie” y “vandalismo”. Véase: Martín Lozada, Crímenes de lesa humanidad y genocidio – Cómo calificar la violencia estatal en la Argentina (1976-1983) (Primera Edición ed., Viedma: UNRN, 2019), 54.

⁹ Sólo a título de ejemplo, Chalk y Jonassohn retrotraen su análisis hasta la antigüedad, mientras que para Feierstein la fisonomía actual del concepto se vincula estrechamente con el funcionamiento de los sistemas de poder en el marco de la constitución de los Estados nacionales modernos. Véanse: Frank Chalk y Kurt Jonassohn, Historia y sociología del genocidio: análisis y estudio de casos (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010); Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016); y Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008).

¹⁰ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 166; Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 365.

¹¹ Valga reseñar, a título de ejemplo, sólo algunos fragmentos ilustrativos de aquel relato:

“¿Y qué fue de Lemkin? Cuando habían pasado dos meses de un juicio que había empezado bastante bien para las ideas que él propugnaba, todos sus esfuerzos parecieron haber quedado en nada. El primer día, los fiscales franceses y soviéticos hicieron mención del genocidio a la entera satisfacción de Lemkin. Luego vinieron los estadounidenses y los británicos, pero estos evitaron mencionar el término. Para su consternación, transcurrió el resto de noviembre y todo el mes de diciembre -treinta y un días de vistas- sin que se pronunciara el vocablo en el Tribunal (...).

Lemkin permanecía frustrado en Washington, deliberadamente apartado de la acción, como un extraño (...), (c)reía que solo él podía hacer que el genocidio se reincorporara al proceso, y para eso tenía que estar en Nuremberg (...).

Poco tiempo después del juicio, en diciembre de 1946, la Resolución N° 96 de la Asamblea General de Naciones Unidas condenaba ya “las prácticas genocidas”¹², consagrándose así como figura autónoma¹³.

Incluso, en el marco del trabajo desarrollado por el Comité Ad-hoc al que fue encomendada la redacción de un borrador para la convención sobre genocidio, Francia (uno de los países que lo integraban) propuso que en el preámbulo se lo considerara como una forma de crimen contra la humanidad, lo que fue descartado¹⁴. La Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio, adoptada y abierta a la firma en diciembre de 1948 (mediante Resolución 260 A III)¹⁵, define a esta figura con total autonomía.

De conformidad con lo anterior, y según lo anticipamos, entendemos resulta equívoco considerar al genocidio como una especie agravada de los crímenes contra la humanidad -*maxime* cuando, conforme se profundizará más adelante, no es posible concebir que aquello que se considera *especie* carezca de alguno de los elementos del *género*, tal como ocurre al comparar ambas figuras (así, por ejemplo, no existe en el genocidio un elemento contextual como el que resulta definitorio para los crímenes de lesa humanidad, aspecto sobre el que volveremos luego)-. Sin perjuicio de ello, no desconocemos que, ocasionalmente, alguna doctrina continúa refiriéndose al genocidio

Pese a tales impedimentos, los esfuerzos de Lemkin tuvieron cierto éxito. En el plazo de cuatro días tras la segunda reunión con Jackson, la palabra “genocidio” pasó a reincorporarse al proceso. Ocurrió el 25 de junio, y el inesperado paladín de Lemkin fue Sir David Maxwell Fyfe, el escocés encargado del contrainterrogatorio del canoso, elegante y distinguido diplomático Konstantin Von Neurath, primer ministro de Exteriores de Hitler”

Véase: Philippe Sands, Calle Este-Oeste - Sobre los orígenes de "genocidio" y "crímenes contra la humanidad" (Segunda Edición ed., Barcelona: Anagrama, 2018), 397, 437 y 445.

¹² Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. AG N° 96. El crimen de genocidio. Quincuagésimo quinta reunión plenaria. 11 de diciembre de 1946.

También en: Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 371.

¹³ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 167.

¹⁴ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 372.

¹⁵ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 372-373.

como una forma de crimen contra la humanidad, aunque usualmente ello responde a un abordaje meramente conceptual y no a una cuestión de estricta dogmática penal¹⁶.

Ahora bien, retomando la definición de la figura contenida en los instrumentos internacionales, se observa que el texto plasmado en la citada Convención de 1948 se ha mantenido intacto hasta la actualidad, en tanto fue reiterado de igual modo en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, como así también en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que aquí tomamos como punto de partida para analizar sus elementos centrales.

Este último instrumento, en su artículo 6, define a este crimen del siguiente modo:

“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”.*

Valga aquí mencionar que, más allá de su recepción en tales instrumentos, y tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad a los que luego nos referiremos, se encuentra fuera de toda duda que la prohibición de genocidio constituye, a la vez, una norma internacional de naturaleza consuetudinaria, tal como lo estableció la Corte Internacional de Justicia ya en el año 1951, al pronunciarse -en el marco de una opinión consultiva- en torno a las reservas admisibles frente a la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio¹⁷. Configura, también, una obligación *erga omnes*, e incluso se ha establecido su rango como norma de *ius cogens*¹⁸.

¹⁶ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 167.

¹⁷ CIJ, Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio. Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951.

¹⁸ La jurisprudencia internacional ha sido conteste al respecto. Por poner sólo algunos ejemplos: TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 495; TPIY, *Prosecutor v. Goran Jelusic*, N° IT-95-10-T, Trial Judgement, 14 December 1999, párr. 60; TPIY, *Prosecutor v. Radislav krstic*, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001, párr. 541.

Volviendo sobre la estructura de esta figura, la misma suele delimitarse a partir de tres elementos: a) el denominado *actus reus* (tipo objetivo) -constituido por al menos uno de los actos enumerados en el art. 6 del Estatuto-; b) el *mens rea* (dolo entendido como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo); c) y la intención de destrucción total o parcial de algunos de los grupos protegidos (en tanto elemento subjetivo diferenciado; al que, no obstante, algunos autores refieren también como *mens rea*, pero distinto del dolo)¹⁹. Sin perjuicio de ello, como señala Kai Ambos, alguna jurisprudencia ha limitado esta estructura al *actus reus* y a la intención de destruir, dejando por fuera al dolo, lo que resulta claramente incorrecto²⁰.

Adicionalmente, algunas posiciones -minoritarias, por cierto- entienden que este delito exige también un elemento objetivo o *hecho global* (al que, o bien le asignan una fisonomía propia –vgr. la exigencia de una amenaza real, de carácter objetivo, para la existencia total o parcial del grupo-, o bien equiparan incluso con el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad). No obstante, aun cuando entendemos que ello podría resultar deseable, advertimos que, en el estado actual de las cosas y para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, ese elemento no integra la estructura de este tipo penal. Volveremos sobre ello en el último apartado referido a esta figura.

En lo que sigue, relevaremos aquellos aspectos de este delito que resultan de particular importancia para el objeto de nuestra investigación.

Por tal motivo, omitiremos mayores referencias a la delimitación de los *actos* en particular -o *hechos individuales*- (*actus reus*), decisión epistemológica que obedece a dos razones centrales. En primer término porque, como es sabido, al momento de calificar las conductas criminales perpetradas en el contexto de la última dictadura militar, la jurisprudencia nacional recurre a una suerte de doble subsunción, que implica tomar en consideración las figuras de crímenes de lesa humanidad o de genocidio, no en cuanto tipos penales propiamente dichos, sino como categorías jurídicas generales,

En el ámbito de la Corte Internacional de Justicia, además de la Opinión Consultiva mencionada, pueden verse, entre otros: CIJ, Caso concerniente a actividades armadas en el territorio del Congo (nueva petición: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), 3 de febrero de 2006, párr. 64; CIJ, Caso concerniente a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), 26 de febrero de 2007, párr. 161.

¹⁹ Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004). En similar sentido: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 394 y ss., 416.

²⁰ Kai Ambos recuerda, en tal sentido, lo sostenido -por ejemplo- en el caso Krstic (sentencia del 2 de agosto de 2001, par. 542), en el cual la Sala de Primera Instancia I del TPIY afirmó que sólo existían esos dos elementos, y lo referido por el TPIR en el Kayishema y Ruzindana (sentencia del 21 de mayo de 1999, párr. 90). Véase: Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004)..

de las cuales se extraen ciertas consecuencias como la imprescriptibilidad. Por tal motivo, al delimitar los hechos delictivos, no se recurre a la descripción de los actos particulares del Derecho Internacional, sino a los tipos penales que pudieren resultar pertinentes del Código Penal vigente al momento de su comisión (vgr. homicidio, tormentos, privación abusiva de libertad, lesiones, etc.)²¹. En segundo término, porque los *hechos individuales* de una y otra figura no resultan dirimientes a los efectos de analizar las distinciones entre ambas, en tanto, cuando se toman en consideración aquellos actos punibles que serían pertinentes para conceptualizar los hechos perpetrados en nuestro país, se advierte cierto paralelismo entre los establecidos por uno y otro crimen (vgr. la matanza en el genocidio y el homicidio o asesinato en los crímenes de lesa humanidad, o la lesión grave a la integridad física o mental en el caso del genocidio y los actos inhumanos que causen grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental en el caso de los crímenes de lesa humanidad, etc.)²².

Tampoco es necesario para nuestro objeto de estudio profundizar sobre el dolo en general, en cuanto elemento común a los diversos crímenes internacionales y relacionado, en lo que aquí respecta, con el tipo objetivo constituido por los actos particulares²³.

De conformidad con lo anterior, nos concentraremos en aquellos extremos que advertimos resultarán definitorios al momento de considerar esta figura con relación a los hechos abarcados por nuestra investigación, esto es: la intención de destrucción; la consecuente delimitación de los grupos protegidos -con particular énfasis en las controversias planteadas en torno a los grupos políticos (oportunidad en la cual relevaremos, también, las nociones centrales de los posicionamientos que caracterizan como genocidio los hechos perpetrados en el marco de la última dictadura militar argentina)-; y, finalmente, las controversias suscitadas en torno a la existencia de un elemento contextual en este crimen.

²¹ Y si bien en algunos precedentes, que serán oportunamente analizados, sí se ha procurado la aplicación directa del tipo penal de genocidio, con la delimitación de sus respectivos actos, lo cierto es que incluso en esos casos se ha establecido un paralelismo con diversos tipos del Código Penal.

²² Las similitudes de los actos particulares de una y otra figura que resultarían pertinentes dadas las características del fenómeno criminal argentino, pueden verse en: Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 387.

²³ Baste con señalar que, con alcance general para cada uno de los crímenes regulados por Estatuto de la Corte Penal Internacional, el art. 30 de ese mismo instrumento, postula que *“(s)alvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento”*.

Valga aclarar que, por cuestiones metodológicas, y sin perjuicio de dejar establecido aquí el marco teórico general sobre los extremos planteados, algunos de tales aspectos serán retomados más adelante, no sólo al delimitar, en términos estructurales, las alternativas plausibles bajo las cuales, desde una perspectiva estrictamente sancionatoria, podría tomarse en consideración el delito de genocidio frente a escenarios de destrucción grupal motivados por razones sustancialmente políticas, sino también al tomar posición sobre los problemas definidos por nuestra investigación.

3.1.1.1. *La intención de destruir total o parcialmente un grupo*

Resulta evidente la centralidad que dicho extremo ocupa en la definición de esta figura a tal punto que, tal como indicaremos, constituirá su principal rasgo distintivo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que muchas de las cuestiones que se han examinado en la doctrina y en la jurisprudencia en torno a este elemento no se vinculan directamente con el objeto de esta investigación, nos limitaremos a aquellas que sí tienen incidencia directa sobre el tema que nos ocupa, sin perjuicio de relevar -en términos generales y a efectos ilustrativos- algunos de los tópicos centrales que se han planteado con respecto a esta *intención de destruir*.

Una primera cuestión que resulta oportuno precisar es la diferencia entre intención y motivación, en tanto éste será uno de los aspectos a tener en cuenta al momento de examinar la validez hermenéutica de las posiciones que conceptualizan como genocidio la experiencia argentina.

Al respecto, Liñán, citando a Alicia Gil Gil, sostiene que *“(no) ha de confundirse este elemento subjetivo [la intención de destruir] con el motivo que pueda tener el autor que ha de resultar indiferente al tipo, pues se puede tener la intención de destruir un grupo étnico por motivos económicos, políticos, por odio, por razones culturales, por causa de la xenofobia, por diversión, etc.”*²⁴. Valga mencionar que, en el marco de la redacción de la Convención de 1948, fueron rechazadas propuestas que aludían expresamente a los motivos (en el sentido de requerir que se actuara por motivos de raza, nación o religión)²⁵.

²⁴ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 388-389.

²⁵ Hannibal Travis, «Sobre la comprensión originaria del crimen de genocidio,» *Revista de estudios sobre genocidio* - Año 8, volumen 12 (2017), 102-128.

En similar sentido, y precisamente en ocasión de examinar si el genocidio exige o no la ponderación de las acciones o motivaciones, se ha indicado que, *“mientras la intención se refiere a la voluntad es decir, al deseo de hacer algo a los efectos de alcanzar un fin, las motivaciones atienden a las razones, a los argumentos o a las ideas que llevan a alguien a realizar una acción determinada (...), (c)laro está que ello, en el campo del derecho penal, resulta irrelevante”*²⁶.

Kai Ambos y María Laura Böhm, por su parte, en el marco de un análisis de carácter criminológico sobre el elemento subjetivo del genocidio, han señalado que *“la motivación de los perpetradores depende de sus características personales más que de factores relativos a su jerarquía. Estas características, que generalmente indican los verdaderos motivos que llevan a los sujetos a participar en un genocidio, no deben ser confundidos sin embargo con el dolo entendido como requisito subjetivo en el derecho penal. De hecho, los motivos únicamente deben tenerse en cuenta al momento de dictarse la sentencia, pero no, como el dolo, en el momento de definir la responsabilidad por los actos criminales”*²⁷.

También la jurisprudencia internacional ha aludido a la necesidad de diferenciar la intención aquí examinada de las motivaciones que pueda tener un perpetrador. En tal sentido, se ha expresado que las motivaciones personales, como por ejemplo la obtención de beneficios económicos, ventajas políticas, o ciertas formas de poder, no excluyen que el autor tenga, también, la intención definitiva del genocidio²⁸. En similar sentido, se ha postulado que la intención criminal (*mens rea*) no debe confundirse con los motivos y, en lo que hace al genocidio, *“el móvil personal no excluye la responsabilidad penal, siempre que los actos (...) fueren cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”*²⁹. A la vez, en ocasión de analizar los motivos como factor agravante de la pena, se ha señalado que la referencia a los factores (agravantes o atenuantes) *“no debe oscurecer la distinción entre mens rea y motivación. Mens rea es el estado mental o el grado de culpabilidad en que la persona acusada se encontraba en el momento relevante. La motivación es generalmente considerada como aquello que causa que una persona*

²⁶ Esteban Carlos Rodríguez Eggers, La Corte Penal Internacional - Funcionamiento y crímenes de su competencia (Buenos Aires: Astrea, 2018, 105-107.

²⁷ Kai Ambos y María Laura Böhm, «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir»,» Revista Penal - N° 26 (2010), 68.

²⁸ Sólo a título de ejemplo, y entre otros, puede verse: TPIY, Prosecutor v. Goran Jelusic, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001, párr. 49.

²⁹ TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-95-I-A, Appeals Chamber Judgement, 01 June 2001, párr. 161; y TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999, párr. 269.

*actúe (...), en lo concerniente a la responsabilidad penal en derecho penal internacional, la motivación es generalmente irrelevante, pero se torna relevante en la etapa de la sentencia, para mitigarla o agravarla*³⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, se han formulado distinciones entre los motivos individuales y un motivo colectivo, afirmándose que el genocidio sí exige la verificación de este último, el cual -por lo demás- debe ser efectivamente discriminatorio o racista, en tanto, *sólo así sería un motivo verdaderamente genocida*; exigencia que, según se ha señalado, es consistente con el sentido de la histórica expresión referida a la destrucción del grupo *“como tal”*³¹.

En similar sentido se ha manifestado, por ejemplo, Cryer, quien, también en ocasión de examinar la expresión “como tal”, distingue la intención de los motivos, señalando que, si bien estos últimos son normalmente irrelevantes, lo cierto es que *“la naturaleza discriminatoria del genocidio parece requerir un motivo, en tanto las víctimas son perseguidas no por razón de su identidad individual, sino por su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”*. Incluso, a partir de ello, afirma que la interpretación que corresponde asignar a las aparentes contradicciones que presenta sobre este punto la jurisprudencia -particularmente por las diferencias conceptuales con las que se usa el término “motivo” en distintas ocasiones-, debe ser la de considerar que, si bien para el genocidio no son relevantes los propósitos individuales del autor o autores, sí resulta definitorio -por el contrario- el propósito discriminatorio del crimen en sí, al que considera intrínseco a la intención genocida³².

Valga aquí anticipar que, atento a la diversidad terminológica que puede apreciarse en este punto no sólo por parte de la jurisprudencia, sino también de la propia doctrina (vgr. motivo colectivo, motivo discriminatorio, propósito discriminatorio), utilizaremos la expresión *“carácter discriminatorio de la intención”* para denotar esta exigencia del elemento subjetivo que implica que la destrucción esté dirigida a alguno de los grupos protegidos en *cuanto tales*.

Otro aspecto relacionado con la intención que resultará relevante para nuestra investigación -particularmente en pos de continuar dirimiendo las notas distintivas de esta figura-, se vincula con el relevamiento de las similitudes que, prima facie, parecería

³⁰ TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, N° IT-95-14-A, Appeals Chamber Judgement, 29 July 2004, párr. 694.

³¹ Kai Ambos, citando a Schabas. En: Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).

³² Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 181-182.

presentar este delito, precisamente en función del elemento subjetivo aquí examinado, con una de las modalidades de crímenes de lesa humanidad, como es el caso de la persecución prevista en el párrafo 1.h del art. 7 del Estatuto de Roma.

Y es que si bien, tal como indicaremos al analizar la figura de crímenes contra la humanidad, no es necesaria una motivación discriminatoria en el ataque que configura el hecho global de ese delito, dicha motivación sí constituye una exigencia de este acto punible en particular. En otras palabras, tanto el genocidio como la modalidad de persecución en los crímenes contra la humanidad requieren, en definitiva, un elemento subjetivo distinto al dolo.

Sin embargo, es claro que el alcance de uno y otro es sustancialmente distinto. Mientras *“las leyes contra el genocidio protegen el derecho de ciertos grupos a sobrevivir (...), el similar crimen contra la humanidad, [de] persecución (...) se concentra más en proteger a los grupos contra la discriminación que contra la eliminación”*³³. En similar sentido, se ha sostenido que es precisamente esta “intención ulterior” la que *“distingue al genocidio de la persecución y de todos los demás crímenes contra la humanidad y contribuye a su particular injusto y seriedad”*³⁴.

Por lo demás, valga señalar que diferenciar uno y otro elemento de tales crímenes no sólo permite seguir avanzando en torno a la distinción de una y otra figura -en tanto queda claro que, ni siquiera en el análisis comparativo entre el genocidio y la referida modalidad de crímenes contra la humanidad, la intención de destrucción del grupo pierde su carácter de elemento distinto por antonomasia de aquella figura-, sino que además será relevante al momento de establecer las eventuales relaciones concursales que pudiere corresponder entre ellas, como oportunamente relevaremos.

Establecido lo anterior, y conforme lo anticipado, baste en lo que sigue con dejar sentadas, a título meramente ilustrativo, algunas cuestiones relevantes que se han planteado en torno a la intención de destruir, aun cuando no resultan ya dirimentes para definir el problema planteado en nuestra investigación.

En tal sentido, por ejemplo, se ha discutido arduamente cuál es el grado de voluntad exigible para satisfacer este elemento subjetivo. Al respecto, valga en primer término aclarar que, en realidad, esta discusión no se ha limitado a la intención exigida por el genocidio, sino que ha atravesado, en general, al dolo común a los diversos crímenes

³³ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 167-168.

³⁴ Kai Ambos, «¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?,» *Revista Penal - N° 26* (2010), 48.

internacionales, como así también a otras exigencias subjetivas concretas que expresan algunos de los diversos actos punibles que los integran³⁵. Es precisamente en este escenario y en lo que hace ya estrictamente al alcance de la intención exigida por el genocidio, que se ha procurado determinar si ese elemento puede o no ser satisfecho con un grado de voluntad equivalente al dolo eventual -en otras palabras, si basta el *conocimiento* de que la acción es potencialmente destructiva o si, además, debe exigirse una *intención* o *propósito* (según cual sea la terminología utilizada por cada autor) de lograr tal resultado-.

Simplificando sensiblemente la cuestión, y sin perjuicio de varios matices en los que no se profundizará aquí (con salvedad de algunas precisiones elementales en los párrafos subsiguientes), puede decirse que la mayoría de la doctrina entiende que este elemento subjetivo no se satisface con el mero conocimiento. Sólo a título de ejemplo, valga referir lo postulado por Werle, quien define la intención como una voluntad orientada a un fin y afirma, invocando diversa jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, que la destrucción -total o parcial- del grupo debe constituir un objetivo inmediato o mediato del autor³⁶.

Por su parte, autores como Ambos y Böhm, si bien aluden como pauta general al *dolus specialis*³⁷ -recogido por la jurisprudencia dominante sobre el tema³⁸-, reservan la exigencia de este "propósito" (de destrucción del grupo) sólo para los perpetradores de alto nivel³⁹-. Así, tras considerar que el "*enfoque basado en el conocimiento debe ser combinado con el tradicional enfoque que toma en cuenta los diferentes rangos y roles de los actores*"⁴⁰, concluyen que si bien conocimiento y propósito son exigibles para quienes están en la cima de la acción genocida⁴¹, el conocimiento sería suficiente en el

³⁵ En lo que hace al análisis de las controversias y posiciones que, en términos generales, se han suscitado en torno al tipo subjetivo de los crímenes internacionales, como también en lo referido a la regulación que, concretamente, establece el ya citado art. 30 del Estatuto de la CPI, puede verse: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 256-278.

³⁶ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 442.

³⁷ Kai Ambos y María Laura Böhm, «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir»,» Revista Penal - N° 26 (2010), 69.

³⁸ Relevan, en tal sentido, lo sostenido por ejemplo en el ya citado caso Akayesu, en el cual se indicó que dicha intención exige que el perpetrador claramente tenga por fin cometer el acto que se le imputa. TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 498.

³⁹ Kai Ambos y María Laura Böhm, «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir»,» Revista Penal - N° 26 (2010), 74.

⁴⁰ Kai Ambos y María Laura Böhm, «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir»,» Revista Penal - N° 26 (2010), 69-70.

⁴¹ Toda vez que quien ocupa ese lugar, "*o bien actúa con propósito genocida, o no hay genocidio. Así, el doble requisito de conocimiento y propósito debe estar dado para que pueda afirmarse su responsabilidad*". Véase: Kai Ambos y María Laura Böhm, «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir»,» Revista Penal - N° 26 (2010), 74.

caso de los perpetradores de nivel medio, mientras que, con relación a los de bajo nivel, formulan diversas precisiones, según sean o no agentes estatales⁴².

Bajo fundamentaciones diversas, se han adoptado otras posiciones que tampoco exigen a todos los tipos de autores una voluntad equivalente al dolo directo, como es el caso, por poner un ejemplo, de lo postulado por José Ricardo de Praga⁴³, entre otros.

A su vez, incluso la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc ha admitido, a través de una de las formas conceptuales de la empresa criminal conjunta, la posibilidad de que ciertos autores no tengan la intención o propósito requeridos por el tipo (en cuanto voluntad equivalente al dolo directo)⁴⁴.

Finalmente, una posición aún más flexible en torno a este punto puede encontrarse, por ejemplo, en lo postulado por Alicia Gil Gil, quien, en razón de la incidencia que le reconoce al elemento subjetivo en la propia estructuración del tipo penal, concluye que el dolo eventual debe ser admitido. Y es que, para dicha autora, este delito se configura como un tipo de consumación anticipada que equivale, en el plano material y en lo que refiere a la destrucción del grupo, a una tentativa⁴⁵. Es precisamente a partir de ello que

⁴² Kai Ambos y María Laura Böhm, «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir»,» Revista Penal - N° 26 (2010), 74-77.

⁴³ Dicho autor, partiendo del carácter estructuralmente colectivo del genocidio, afirma que en dicho extremo se funda *“la verdadera razón de introducir la exigencia de intencionalidad, como forma de expresar que se ha de tratar de un delito intencionalmente dirigido, incluso desde fuera del hecho, a la destrucción en todo o en parte de uno de los grupos protegidos, lo que quedaría expresado precisamente a través del recurso a la intencionalidad de los actos, en el sentido de que no tiene por qué atribuirse ésta a un sujeto activo concreto y menos a algunos de los ejecutores de los actos subyacentes potencialmente genocida (...), en definitiva, lo que se mantiene es que la intencionalidad no tiene, pues, por qué estar vinculada a una voluntad individual, sino que puede ubicarse en un sujeto colectivo formal o informal, o incluso en una secuencia de actos externos con el que dialoga y a la que se incorpora este otro acto (...), (l)os sujetos individuales habrán de responder como integrantes del colectivo, o bien, en tanto que les sea atribuible en alguna medida la política o decisión, o tengan dominio real sobre ella, o en cuanto que ejecutores de ellas, sin papel propio en su planificación ni por tanto en la incorporación de alguna intencionalidad, ni tampoco les resultaría exigible ninguna clase ni grado de voluntad intencional propia (...), entrando aquí en juego todos los dispositivos jurídicos y reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales, desde la empresa criminal común en todas sus variantes, la responsabilidad del mando y la autoría mediata por dominio de grupos organizados de poder”*. Véase: José Ricardo De Prada, «Introducción - Reflexiones sobre la evolución del concepto» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 60-61.

⁴⁴ Pueden citarse aquellos precedentes que, a partir de la elaboración del concepto de empresa criminal conjunta, atribuyen a los intervinientes los crímenes cometidos por el resto que no habían sido previstos inicialmente por el acuerdo común -los excesos-, siempre que estos puedan ser considerados como consecuencias normales y previsibles de la ejecución del plan común y que el interviniente hubiere aceptado el riesgo de que pudieran cometerse aquellos. TPIY, Prosecutor v. Brđanin, N° IT-02-60-T, Decision on interlocutory appeal, 19 March 2004, párr. 5. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 296.

⁴⁵ *“El elemento subjetivo del genocidio (...) [tiene] la exclusiva función de configurar un tipo de consumación anticipada (de resultado cortado en algunas modalidades y mutilado de varios actos en otras), es decir, de convertir en delito consumado, en el plano formal, aquello que materialmente era todavía una tentativa en relación con la lesión del bien jurídico protegido: la destrucción del grupo”*. Véase: Alicia Gil Gil, «El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual,» de *La evolución de la*

entiende que, así como sería punible la eliminación de un grupo perpetrada con dolo eventual -si fuere su efectiva destrucción la hipótesis delictiva recogida por un hipotético tipo penal-, también debe serlo la tentativa de producir ese resultado -a la que equivale, siguiendo su tesis, la punición del genocidio en tanto crimen de consumación anticipada-⁴⁶.

Para autores como Werle, tales posicionamientos son inadmisibles, en tanto, según postula, implican extender en exceso el ámbito de la coautoría, al atribuir responsabilidad de tal carácter a intervinientes en los que no concurre el elemento subjetivo (que en su posición exige conocimiento y voluntad)⁴⁷, y pese a que, según afirma, *las reglas de la coautoría sólo posibilitan una imputación de las aportaciones objetivas al hecho, pero no de los elementos subjetivos*⁴⁸. En similar sentido, Cryer sostiene que la exigencia de la intención genocida en cada autor individual sigue siendo el estándar de la jurisprudencia, y que dicho criterio refleja correctamente la necesidad de reservar el juzgamiento por genocidio solo para aquellos que tienen el mayor grado de intención delictiva -sin embargo, el propio autor aclara que, no obstante ello, la referencia de los tribunales a las formas de responsabilidad que no requieren de una intención especial, como es el caso de aquellas vinculadas con la empresa criminal, han puesto en cuestionamientos tales límites-⁴⁹.

Valga decir que si bien tales posicionamientos tendrían incidencia incluso frente a la hipótesis de un autor en solitario (en tanto, al menos para quienes admiten un genocidio de tales características, será necesario determinar también allí si el autor debe expresar

definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 454.

El desarrollo de dicha autora sobre el concepto de intención en los delitos de resultado cortado puede verse, con mayor profundidad, en: Alicia Gil Gil, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención.» *Revista de Derecho Penal y Criminología - 2da. Época. N° 6 (2000).*

⁴⁶ «*Si tuviéramos un delito que, exigiendo la efectiva producción del resultado de destrucción, castigara “los que destruyeran un grupo nacional, racial, étnico o religioso” no habría problema alguno en castigar el genocidio cometido con dolo eventual. De la misma manera, no habría obstáculo para castigar la tentativa del genocidio así regulado cometida con intención exterminadora eventual, cuando se hubiera comenzado la ejecución del mismo matando a algún miembro de grupo. No debería haberlo tampoco, por tanto, cuando esa tentativa se ha convertido en delito autónomo con el objeto de aumentar la protección del bien jurídico adelantando la intervención penal al convertir en delito consumado lo que todavía es una tentativa inacabada de destrucción*». Véase: Alicia Gil Gil, «El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual,» de *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 453-498, 457.*

⁴⁷ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 297.*

⁴⁸ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 249.*

⁴⁹ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 182-185.*

una voluntad de destrucción equivalente al dolo directo o si basta el conocimiento característico del dolo eventual), lo cierto es que se trata de una cuestión que adquiere verdadera relevancia en los supuestos de intervinientes múltiples -situación que, por lo demás, será la regla (ya que incluso para las posiciones teóricas que admiten el genocidio de un solo autor, dicha forma de comisión será de muy improbable realización)-. Es en estos escenarios en los que pueden coexistir intervinientes que tienen la voluntad de destrucción equivalente al dolo directo, junto a otros a quienes sólo se les puede reprochar el conocer la intención (o “propósito” en la terminología de Kai Ambos) que en tal sentido expresan aquellos. Evidentemente, los posicionamientos que se tengan sobre el tema serán dirimientes para definir los modos de atribución de responsabilidad. Y precisamente aquí los matices y abordajes se multiplican.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, valga referir que no obstante las diferencias en los puntos de partida expresados *supra* -que suponen exigir diversos grados de voluntad para los propios autores de este delito-, lo cierto es que frente a muchas de las situaciones delictivas que se presentan en torno a esta figura se llega a resultados similares, aunque con aproximaciones distintas. En efecto, el propio Werle⁵⁰ releva que usualmente se admite que la intención no es exigible, bastando solo el conocimiento, en los supuestos de instigación⁵¹, complicidad⁵², contribución al crimen realizado por un grupo (forma de intervención regulada en el art. 25.3.d del Estatuto de Roma), o en la responsabilidad del superior (en los términos del art. 28 del Estatuto)⁵³.

Otra cuestión relevante que ha sido examinada al analizar el elemento subjetivo del genocidio es la vinculada con el carácter al menos *parcial* de la destrucción que debe procurarse. Si bien se ha documentado que la introducción de la expresión “en parte”,

⁵⁰ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 448.

⁵¹ En este punto, dicho autor postula que -al menos partiendo de la regulación del Estatuto de Roma, que establece un sistema diferenciado y escalonado de responsabilidad penal- basta con el conocimiento que el instigador tenga de la intención genocida de los autores (lo cual permitiría diferenciar esta forma de participación de la autoría y de la mera colaboración -fijándola en un punto intermedio entre ambas-). Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 304-305.

⁵² En este supuesto, y como lo releva el citado autor, la jurisprudencia se ha pronunciado ya expresamente en tal sentido. Véase, entre otros, TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstić, N° IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgement, 19 April 2004, párr. 140.

⁵³ Werle expresa a este respecto que, en el marco de la referida regulación, el superior puede no conocer siquiera la comisión del delito, en tanto constituye una forma subsidiaria de responsabilidad penal derivada de una omisión contraria a deber. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 321.

La jurisprudencia avala esta posición; véase, entre otros: TPIY, Prosecutor v. Blagojević & Jokić, N° IT-02-60-T, Trial Judgement, 17 January 2005, párr. 779. Valga advertir que dicha situación debe distinguirse de aquellos supuestos en que el superior actúa como autor mediato -vgr. mediante aparatos organizados de poder-, en tanto allí entran en juego las reglas clásicas de tales formas de autoría (que aparecen reguladas en el art. 25 del Estatuto).

propuesta por la delegación noruega, tuvo precisamente por finalidad dejar en claro que la norma no requiere una intención de destruir totalmente al grupo⁵⁴, lo cierto es que el concepto ha sido igualmente problematizado. En tal sentido, se ha señalado que el ámbito de protección dependerá de cuán amplia o cuán estrecha sea tanto la conceptualización del grupo que sirve de referencia, como la parte de ese grupo que se procura exterminar⁵⁵. A ello corresponde agregar que también dependerá de cuál sea el alcance que se asigne a la intención como elemento subjetivo.

Así, se ha afirmado que *“la intención no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo, sino que constituyen también genocidio los actos cometidos con la intención de destruir parcialmente el grupo (...)”*⁵⁶. En otras palabras, *“basta que [la intención criminal] se limite a la destrucción de un subgrupo dentro de una raza, etnia, nacionalidad o religión (...), [el cual] estará caracterizado por la pertenencia de las personas elegidas como víctimas a la raza, etnia, nacionalidad o religión de que se trate y su delimitación a un determinado ámbito: un país, una región o una comunidad concreta”*⁵⁷.

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que el objetivo del ataque debe estar constituido por una parte “sustancial” del grupo⁵⁸, noción esta que, a su vez, ha sido definida tanto sobre la base de criterios cuantitativos (la cantidad de miembros de determinado grupo) como cualitativos (basados en la relevancia de los individuos objeto del ataque)⁵⁹. Algunos autores han cuestionado estos últimos, por entender que disminuyen excesivamente el umbral exigible para calificar como genocidio determinado ataque, desnaturalizando la seriedad que debería tener dicho crimen⁶⁰.

Otro aspecto sobre el cual han existido posiciones divergentes es el referido a dirimir si la intención debe dirigirse ineludiblemente a la destrucción física del grupo, o si dicho

⁵⁴ Hannibal Travis, «Sobre la comprensión originaria del crimen de genocidio,» *Revista de estudios sobre genocidio - Año 8, volumen 12* (2017), 102-128.

⁵⁵ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 180.

⁵⁶ Alicia Gil Gil, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,» 2003. <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/2-alicia-gil.pdf>. (Último acceso: 25 Marzo 2022).

⁵⁷ Alicia Gil Gil, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,» 2003. <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/2-alicia-gil.pdf>. (Último acceso: 25 Marzo 2022)

⁵⁸ TPIR, *Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, N° ICTR-9S-I-T a, Trial Judgement, 21 May 1999, párr. 96, entre otros.

⁵⁹ TPIY, *Prosecutor v. Radislav krstic*, N° IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgement, 19 April 2004, párr. 12.

⁶⁰ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 181.

elemento subjetivo se satisface también cuando se procura destruir su existencia social. Sin necesidad de abordar este extremo con mayor detalle, baste aquí con señalar que esta última posición es la que se ajusta a la propia delimitación de los actos particulares que contiene el Estatuto de Roma, en tanto al menos uno de ellos implica la supervivencia física de las víctimas individuales, pero impacta sobre la configuración social del grupo -concretamente, el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo⁶¹. En similar sentido, se ha establecido que si el crimen requiriera invariablemente la destrucción física del grupo resultaría sobreabundante la previsión contenida para otro de sus actos particulares, como es el caso del sometimiento a condiciones de existencia gravosas, en el cual se establece expresamente que deben tener entidad suficiente para *“acarrear su destrucción física, total o parcial”*⁶².

En una posición contraria se encuentra lo postulado por Cryer, quien señala que formas de destrucción distintas a las físicas -como la asimilación social de un grupo por otro, o el ataque a las características culturales que definen la identidad del grupo- no constituyen genocidio si no están relacionadas con la destrucción biológica o física del grupo⁶³.

En cuanto al aspecto probatorio del elemento subjetivo, se ha sostenido que el indicador más importante para la verificación de la intención de destruir es la existencia de un plan o una política para cometer genocidio⁶⁴. En otras palabras, si bien -como anticipamos, y según precisaremos más adelante- existen fuertes controversias en torno a la exigencia de un elemento contextual o político como integrante del tipo penal, la existencia de ese plan o política han sido considerados como prueba fundamental en la constatación del elemento subjetivo que aquí analizamos. Incluso, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales da cuenta de la extrema dificultad de probar la

⁶¹ Werle menciona como otro ejemplo en este sentido el impedimento de nacimientos en el seno del grupo en tanto entiende que tales acciones “no repercuten en los miembros vivos del grupo”. Sin embargo, no coincidimos con que ello pueda mencionarse como otra expresión de que basta la destrucción social del grupo, en tanto parece claro que evitar los nacimientos apunta, lisa y llanamente, a la desaparición física del grupo. Véase: Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 447.

⁶² Para mayor profundidad sobre el análisis de esta controversia, con profusas citas de doctrina y jurisprudencia relevante, puede verse: Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 446 y ss.

A la vez, y bajo una fundamentación sólidamente documentada en los trabajos de redacción de la Convención, puede verse la posición de Travis, en favor de una protección amplia de la norma, comprensiva de la existencia social del grupo. Hannibal Travis, «Sobre la comprensión originaria del crimen de genocidio,» *Revista de estudios sobre genocidio - Año 8, volumen 12* (2017), 102-128.

⁶³ Cryer, pág. 179/180.

⁶⁴ Entre otros pueden verse: TPIY, *Prosecutor v. Goran Jelusic*, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001, párr. 48; TPIY, *TPIY, Prosecutor v. Radislav krstic*, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001, párr. 572.

intención de destruir cuando no existe intervención del Estado o de un organismo similar⁶⁵.

Por último, valga señalar que, naturalmente, ha sido también materia de análisis lo relativo a la incidencia que el elemento subjetivo del genocidio tiene sobre la delimitación del propio bien jurídico protegido por esta figura criminal. Baste aquí con señalar que, en lo sustancial, es precisamente a partir de la exigencia de esta intención de destruir total o parcialmente un grupo que se ha establecido que la figura protege, en definitiva, *el derecho a la existencia de determinados grupos*⁶⁶. En esa tónica, la referida resolución 96 de la Asamblea General de Naciones Unidas conceptualizó a este crimen como *“la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a vivir de un ser humano individual”*.

3.1.1.2. Los grupos protegidos

Sin perjuicio de que este es uno de los temas que retomaremos luego, valga aquí dejar establecidos al menos los presupuestos teóricos generales en torno a esta cuestión.

Si bien la Resolución N° 96 a la que ya hemos hecho referencia aludía, entre otros, a los grupos políticos -a la vez que, al consignar las motivaciones de este delito se refería también, entre otras, a las políticas-, lo cierto es que ni la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio ni los Estatutos de los Tribunales Internacionales que la sucedieron ni el Estatuto de Roma consideraron a dicho colectivo⁶⁷. Así, y pese a que

⁶⁵ TPIY, Prosecutor v. Goran Jelusic, N° IT-95-10-T, Trial Judgement, 14 December 1999, párr. 98 y ss. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 450.

⁶⁶ No es necesario a los fines de esta investigación ingresar en las controversias referidas al rol que corresponde asignarle a la dignidad humana en el ámbito de protección de este delito, ni tampoco dirimir si -además de la existencia del grupo- dicho crimen tutela también o no los intereses individuales de los integrantes. A mayor abundamiento puede verse: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 416.

⁶⁷ En otras palabras, y como es ampliamente conocido, la exclusión de los grupos políticos de la Convención sobre Genocidio de 1948 fue deliberada y, precisamente, producto de las negociaciones en torno a la celebración de ese tratado.

Así lo ha relevado toda la bibliografía citada en esta investigación que se ha referido a este punto; sólo a título de ejemplo: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011); Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007); Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), entre muchos otros.

A mayor abundamiento, Frank Chalk y Jurt Jonassohn explicitan que *“(l)os delegados de los bloques soviético y oriental se opusieron a la incorporación de grupos políticos. Sostenían que por “por su mutabilidad y su falta de características distintivas, [los grupos políticos] no se prestaban a dicha definición,*

durante los respectivos procesos de elaboración y negociación existieron intentos para incluirlos, aquellos no prosperaron⁶⁸. Por el contrario, todos esos instrumentos enumeran cuatro grupos específicos al definir el delito de genocidio: nacionales, étnicos, raciales o religiosos.

Al respecto, y en lo que hace a la doctrina jurídica internacional, es mayoritaria la posición que postula una interpretación taxativa de aquellas enumeraciones⁶⁹. En tal sentido, se indica que ni los tratados ni el derecho internacional consuetudinario protegen a grupos distintos de los allí mencionados. También se ha afirmado que la mayor protección dirigida exclusivamente a aquellos obedece a que constituyen comunidades estables que se reconocen claramente, *mientras que los grupos políticos, sociales, económicos u otros similares se encuentran sometidos a cambios constantes en sus relaciones, por lo que no se protegen como tales* -en el caso de los grupos nacionales, raciales y étnicos, se ha sostenido, adicionalmente, que *sus miembros no pueden romper con el grupo mediante su mero distanciamiento*-⁷⁰. Argumentos basados en la estabilidad o la homogeneidad, entre otros, fueron precisamente los que se esgrimieron para oponerse a la inclusión de los grupos políticos durante las negociaciones de los referidos instrumentos⁷¹. Sin perjuicio de que la validez de este criterio basado en la presunta estabilidad de los grupos protegidos será analizada luego

[la cual] debilitaría y oscurecería toda la Convención". Véase: Frank Chalk y Kurt Jonassohn, Historia y sociología del genocidio: análisis y estudio de casos (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010), 31-32.

⁶⁸ En lo referente a los intentos producidos durante la negociación del primero de los tratados, puede verse UN GAOR (The General Assembly Official Records), 3rd Session, 6th Committee, pág. 664, mientras que en lo referente a las negociaciones del Estatuto de Roma puede verse Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GAOR, 50th Session, Supp. N° 22, A/50/22 (1995), par. 60-1; como también Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. 1, UN GAOR, 51st Session, Supp N° 22, A/51/22 (1996), par. 59-60. Véase: Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 169.

Para un desarrollo exhaustivo sobre las posiciones existentes en las negociaciones previas a la sanción de la Convención de 1948, puede verse: Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019).

⁶⁹ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 418, 425 y ss.; Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 169; Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 183 y ss.

⁷⁰ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 425-426.

⁷¹ En profundidad, puede verse: Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019).

(al dar cuenta de las críticas a las definiciones vigentes), por ahora baste con señalar que, bajo ese fundamento o atendiendo a otros, es claro que la posición dominante se inclina a considerar que se trata de una enumeración cerrada. Por lo demás, al menos en ese ámbito, existe consenso mayoritario en considerar que la definición, tal como aparece consagrada en tales instrumentos, refleja también la conceptualización del derecho internacional consuetudinario sobre el punto⁷², cuanto menos desde el punto de vista estrictamente penal⁷³.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, los Tribunales se han pronunciado mayoritariamente en favor del carácter cerrado de esa enumeración, y con el alcance y contenido por ella consignado. Y si bien en el caso Akayesu el TPIR expresó la posibilidad de que, bajo el criterio de la estabilidad del grupo, pudieran incorporarse otros diversos a los ya mencionados -posición seguida por el TPIY en los casos Rutaganda y Musema-⁷⁴, se trata de decisiones aisladas y minoritarias, en comparación con la profusa cantidad de casos que se han pronunciado en sentido contrario⁷⁵. Por lo demás, la doctrina crítica de aquella decisión señala que se basó en una lectura equívoca de los *trabajos preparatorios*, toda vez que, si bien el criterio de la estabilidad había sido postulado por algunos países al oponerse a la inclusión de grupos distintos a los finalmente consagrados, ello no significa que -sobre la base de ese criterio- se

⁷² No desconocemos que algunos autores han afirmado que el criterio más amplio que recogía la Resolución N° 96 -que, como se indicó, aludía a otros grupos- constituiría una norma de *ius cogens* (vgr. B. Van Schaack, "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 2262, citado por el TEDH en el caso Vasiliauskas contra Lituania), sin embargo, se trata de posiciones minoritarias. Véase: TEDH, *Vasiliauskas v. Lituania*, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 174.

Por el contrario, y según se indicó, la doctrina dominante postula que la definición recogida por la Convención de 1948 y por los Estatutos que la sucedieron es equivalente a la norma consuetudinaria vigente a dicho respecto. Véase: Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 415.

⁷³ Formulamos esta aclaración en tanto, desde abordajes diversos al estrictamente punitivo, autores como De Prada sí han sostenido que "*no puede vincularse de ninguna manera el concepto actual de genocidio en el Derecho internacional consuetudinario con el contenido de la redacción inicial de la Convención*". No obstante, el propio autor se ocupa de explicitar que si bien, desde el plano de la costumbre internacional, "otras aproximaciones e interpretaciones actuales son posibles", ellas se expresarán en ámbitos diversos al criminal, en tanto "*desplegarán sus efectos, siguiendo una geometría variable, es decir, de forma diferente en la protección internacional penal, que en la responsabilidad estatal bien sea ante la Corte Internacional de Justicia, como eventualmente ante los sistemas de protección regional por acciones estatales o incumplimientos de deberes o garantías establecidos en los instrumentos regionales de derechos humanos o en última instancia a través de la responsabilidad penal en el ámbito interno de los Estado*". Véase: José Ricardo De Prada, «Introducción - Reflexiones sobre la evolución del concepto» de *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 68-69.

⁷⁴ TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párrafo 701; TPIR, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, N° ICTR-96-3-T, Trial Judgement, 06 December 1999, párr. 57/58; y TPIR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, N° ICTR-96-13, Trial Judgement, 27 January 2000, párr. 162.

⁷⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del TPIY en el caso sentencia Krstić ya citado. TPIY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001, párr. 554.

haya pretendido dejar abierta la enumeración, sino que -por el contrario- la enumeración pretendió ser exhaustiva⁷⁶.

A la vez, si bien la Comisión de Investigación establecida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en Darfur refirió que la costumbre internacional sustentaba una interpretación expansiva de aquella enumeración, dicha afirmación ha sido igualmente criticada sobre la base de que *“no se encuentra sustentada por ningún caso distinto a Akayesu, tampoco por la práctica de los Estados ni por la opinio juris, y no puede ser vista como el reflejo de la ley vigente. Ninguna de las Salas de juicio de los dos Tribunales Ad Hoc ha seguido el criterio de Akayesu, y la Sala de Apelaciones ha mantenido constantemente (...) que los cuatro grupos constituyen el foco exclusivo de la Convención”*⁷⁷.

Más aquí en el tiempo, en el caso Vasiliauskas contra Lituania (2015), en el que se examinaba la convencionalidad de una condena por genocidio dictada por los tribunales nacionales lituanos en razón del asesinato de dos miembros del movimiento partisano perpetrado en 1953, el TEDH analizó si, en el ámbito de la costumbre internacional, podría considerarse una definición más amplia que la recogida por la Convención de 1948 -que incluyera, entre otros a los grupos políticos-, concluyendo que si bien podían encontrarse *“algunos argumentos en el sentido de que los grupos políticos estaban protegidos por el derecho internacional consuetudinario sobre genocidio en 1953 [fecha en que se habían perpetrados los hechos del caso]. Existen, sin embargo, puntos de vista contemporáneos igualmente fuertes en el sentido contrario. En esta coyuntura, la Corte reitera que no obstante aquellas opiniones que favorecen la inclusión de grupos políticos en la definición de genocidio, el alcance de la definición codificada continuó siendo más estricta en la Convención sobre el Genocidio y se mantuvo en todos los instrumentos de derecho internacional posteriores (...). En suma, la Corte concluye que no existe suficiente base sólida para encontrar que el derecho internacional consuetudinario tal como estaba en 1953 incluyó a los "grupos políticos" entre los que caen dentro de la definición de genocidio”*⁷⁸. Valga aclarar que si bien esta decisión se refiere al estado de situación en 1953, lo cierto es que su argumento se construye sobre la base de la continuidad que tales definiciones han tenido en todos los instrumentos

⁷⁶ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 169-170. En el mismo sentido: Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 184.

⁷⁷ Cryer, pág. 170.

⁷⁸ TEDH, *Vasiliauskas v. Lituania*, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 175.

internacionales sobre la materia, por lo cual, en definitiva, coincide con el tenor de la jurisprudencia antes consignada, en el sentido de que -hasta la actualidad- la delimitación consignada en ellos (en cuanto a los grupos protegidos y al carácter cerrado de la enumeración) refleja, también, el estado de la costumbre internacional sobre este punto.

En suma, la jurisprudencia internacional mayoritaria va en el mismo sentido que la doctrina internacional a la que antes hicimos referencia.

Por el contrario, en el ámbito del derecho comparado de carácter nacional, tanto a nivel normativo como doctrinario y jurisprudencial, puede constatarse una mayor apertura en torno al tema. En tal sentido, existen legislaciones nacionales que tutelan -o han tutelado- a grupos diversos de los enumerados por los instrumentos internacionales antes referidos⁷⁹. Así, por ejemplo, la legislación penal de Letonia (1998) ha considerado a los grupos sociales junto a aquellos tradicionalmente referidos⁸⁰. Por su parte, tanto los códigos de Perú⁸¹, como de Paraguay⁸² omiten hacer referencia al grupo racial, e incorporan al *grupo social* junto a los restantes tres colectivos clásicamente considerados (nacionales, étnicos y religiosos). Legislación penal de Etiopía, Costa de

⁷⁹ Werle hace un relevamiento de algunas de tales leyes. En: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 426.

Valga aclarar que si bien en lo sustancial se seguirá a dicho autor en este punto, se formularán -no obstante algunas precisiones, procurando indicar la fecha de sanción o demás datos legislativos de los documentos que se invocan (en tanto se advierte que la ausencia de dicha información en las referencias brindadas por Werle puede conducir a ciertas confusiones, al enumerarse, sin distinciones, normas vigentes junto a otras que no lo están, e incluso proyectos legislativos). Por la misma razón, y particularmente cuando sea necesario para completar la información sobre datos legislativos, se procurará constatar la normativa comparada a través de otras fuentes -de ser posible oficiales-, sin perjuicio de recurrir al sitio web utilizado por dicho autor cuando no logre ser habida otra alternativa (el sitio utilizado por Werle para este relevamiento es <http://preventgenocide.org/law/domestic/>, en el que pueden consultarse las partes pertinentes de diversa legislación penal nacional vinculada con el delito de genocidio).

⁸⁰ Así lo regula el art. 71 del Latvijas Republikas Saeima likums pieņemts (17/06/1998). En el sitio <http://preventgenocide.org/law/domestic/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021)

⁸¹ El delito fue incorporado en el artículo 319 del código penal -junto a todo el Título XIV en el que se encuentra- mediante Ley N° 26926, del 21 de febrero de 1998. Puede consultarse en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

⁸² Regulado también en el 319 del respectivo código penal (según Ley N° 1.160/97). Puede consultarse en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Marfil y Panamá⁸³, como también el acta para el Tribunal Internacional de Bangladesh⁸⁴, han hecho -o hacen, según el caso- referencia los *grupos políticos* junto a los tradicionales. Con relación al código panameño, valga aclarar que estructura el tipo penal de modo diferente al usual, en tanto el delito se define a partir de la destrucción total o parcial de “un determinado grupo de seres humanos”, mientras que la *nacionalidad, raza, etnia o creencia religiosa o política* se establecen como *razones* por las cuales la violencia se dirige contra ese grupo⁸⁵.

Algunas legislaciones han sido -o son, según el caso- incluso mucho más amplias, al incorporar una diversidad de colectivos. Tal es el caso, por ejemplo, de legislación penal de Estonia que, además de los cuatro grupos clásicos, menciona a “los grupos que resisten una ocupación” o “cualquier otro grupo social”⁸⁶. Por su parte, el código penal francés, además de aludir a los grupos clásicos, protege también a cualquier “grupo determinado a partir de todo otro criterio arbitrario”⁸⁷. A la vez, un proyecto de código penal de Costa Rica de 1998, que definía a este delito con una estructura similar a la ya referida al mencionar el caso de Panamá, al enumerar las razones en las que podía sustentarse la violencia punible, establecía -además de las vinculadas con tres de los grupos tradicionales (en tanto no contemplaba a la etnia como criterio)- las siguientes:

⁸³ En el caso de Etiopía, así aparece regulado en el 281 del *Penal Code Of The Empire Of Ethiopia* 1957 (Proclamation No. 158 of 1957, Negarit Gazeta, Extraordinary Issue No. 1 of 1957, 23 July 1957, Came into force: 5 May 1958). Puede consultarse en: <http://preventgenocide.org/law/domestic/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

En idéntico sentido, y en lo que respecta a Costa de Marfil, puede verse el 137 del *Code pénal -Côte d'Ivoire* (1981-640;1995-522,31 July 1981). El texto de la norma puede verse en el sitio previamente indicado. Sin embargo, los datos legislativos -no asentados allí- fueron extraídos del sitio: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5860.html> (Último acceso: 01 de febrero de 2021)

En el caso de Panamá, el art. 311 del Código sancionado el 22 de septiembre de 1982 es prácticamente idéntico al art. 440 del Código actualmente vigente (sancionado en 2007, y con diversas reformas posteriores) -con la salvedad de que aquel no aludía a la etnia, a la que sí hace referencia el actual-. El código de 1982 puede consultarse en: <https://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-penal.pdf> (Último acceso: 01 de febrero de 2021), mientras que el sancionado en 2007, puede verse en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021)

⁸⁴ Así lo establece el artículo 3.c del “The International Crimes (Tribunals) Act, 1973 (ACT NO. XIX OF 1973)”, instrumento mediante el cual el Congreso de ese País constituyó los Tribunales internacionales dirigidos a proveer a la detención, persecución, y castigo de las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes cometidos contra el derecho internacional. Puede consultarse en <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-435.html> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

⁸⁵ El tipo penal establece: “*Quien tome parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos por razón de su nacionalidad, raza, etnia o creencia religiosa o política será sancionado con pena de prisión (...).* Puede verse en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

⁸⁶ Artículo 90 de dicha norma. Puede consultarse en <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

⁸⁷ Art. 211-1 del Código Penal de Francia. Puede verse en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

género, edad, opción política o sexual, posición social, situación económica o estado civil⁸⁸.

Con relación a lo hasta aquí dicho, sostiene Werle que, para el derecho internacional público, no hay objeciones con respecto a la ampliación del tipo penal en el orden nacional, sin embargo, señala que el principio de jurisdicción universal no debe aplicarse a estas ampliaciones -en tanto sólo puede ser utilizado a partir de la definición que se deriva del derecho internacional consuetudinario-⁸⁹. En similar sentido se pronuncia Cryer, quien menciona que, si bien los Estados pueden adoptar definiciones más amplias, ello no implicará que puedan exigir a otros Estados que las acepten⁹⁰.

Si bien retomaremos este aspecto más adelante, valga aquí anticipar que dicha restricción no se limitaría solo a la jurisdicción universal, sino que abarcaría también a las diversas consecuencias que el derecho internacional consuetudinario fija para este crimen, concretamente la imprescriptibilidad.

Por lo demás, advertimos que, en función de los límites que impone el principio de legalidad, cualquier ampliación considerada en los términos aquí referidos sólo podrá tener incidencia con relación aquellos delitos cometidos luego de la entrada en vigencia de la respectiva legislación nacional que así lo establezca, ya que no será posible incriminar conductas dirigidas contra tales grupos “ampliados” con base en una costumbre internacional previa, ni tampoco derivar de ella ninguna regla pretérita de imprescriptibilidad.

Otro tema de relevancia en torno a la definición de los grupos, es el referido a los criterios bajo los cuales se define la pertenencia a los mismos. Al respecto, se ha señalado que pueden ser tanto de carácter objetivo -costumbres identitarias, idioma, etc.- como también subjetivo -a partir de procesos sociales de adscripción, basados en la percepción propia o ajena-⁹¹. Si bien esto último no fue inicialmente aceptado por la jurisprudencia, puede constatarse una evolución hacia la aceptación de los criterios

⁸⁸ Proyecto del Código Penal de Costa Rica (14 de abril de 1998). Puede consultarse en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_21.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021). El código actualmente vigente, si bien preserva el mismo modo de estructurar el tipo penal, limita a las razones de la violencia a las siguientes: nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Puede verse en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027 (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

⁸⁹ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 427.

⁹⁰ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 170.

⁹¹ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 419 y ss.

subjetivos para definir la integración del grupo⁹². Sin embargo, la identificación sobre criterios puramente objetivos o puramente subjetivos suele ser criticada por la doctrina⁹³. Por lo tanto, predomina como criterio rector el enfoque subjetivo-objetivo, esto es: la delimitación subjetiva del grupo, con condicionantes de orden objetivo⁹⁴. Concordantemente, la jurisprudencia se ha inclinado a señalar que la determinación del grupo deberá estudiarse caso por caso, teniendo en consideración tanto los datos objetivos de un determinado contexto social o histórico, como la percepción de los perpetradores: *“(e)l Estatuto del Tribunal no proporciona información alguna sobre si el grupo que constituye el objetivo de la intención genocida de un acusado debe ser determinado por criterios objetivos o subjetivos o por alguna formulación híbrida. Varias salas de juicio de este Tribunal han establecido que la determinación de si un grupo entra en el ámbito de protección creado por el artículo 2 del Estatuto debe ser juzgada caso por caso por referencia a los detalles objetivos de un determinado contexto social o histórico, y a las percepciones subjetivas de los perpetradores. La Sala encuentra que la determinación de un grupo protegido debe hacerse caso por caso, consultando tanto criterios objetivos como subjetivos*⁹⁵.

Por otro lado, valga mencionar que se ha establecido que el grupo perseguido puede reunir características de diversos grupos de los antes enumerados, en tanto no son excluyentes⁹⁶. Concordantemente, se ha señalado también que resulta sumamente difícil procurar definición estancas y autónomas para cada uno de ellos y que basta con que el grupo pueda enmarcarse en alguna zona entre las cuatro categorías definidas⁹⁷.

En razón de lo dicho precedentemente, y teniendo en consideración -además- que el objeto de nuestra investigación no precisa ingresar en las definiciones que se han procurado de cada uno de aquellos grupos, baste simplemente con hacer una breve

⁹² Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 420-422.

⁹³ Cryer, por ejemplo, señala que *“el grupo debe tener alguna forma de existencia objetiva (...), ya que de lo contrario la Convención podría ser usada para proteger grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos totalmente ficticios (...), (para superar los problemas de aproximaciones puramente objetivas o subjetivas, los Tribunales han adoptado una aproximación que mezcla ambas”*. Véase: Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 173.

⁹⁴ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 422. En el mismo sentido: Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 173.

⁹⁵ TPIR, Prosecutor v. Laurent Semanza, N° ICTR-97-20-, Trial Judgement, 15 May 2003, párr. 317.

⁹⁶ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 419.

⁹⁷ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (New York: Cambridge University Press, 2007), 170.

referencia al *grupo nacional*, por ser éste -tal como detallaremos en el apartado subsiguiente- el que ha servido de base para conceptualizar como genocidio los hechos perpetrados en nuestro país.

En términos generales, puede decirse que la pertenencia a este colectivo está, *prima facie*, definida por la posesión de una misma nacionalidad. La doctrina internacional considera regularmente parámetros tales como la existencia de una historia, costumbres, lengua y cultura en común⁹⁸.

No obstante, cuestionamientos sustanciales han sido esgrimidos contra este modo de definir la integración de este grupo, tal como relevaremos seguidamente, al examinar los lineamientos centrales de los posicionamientos que caracterizan como genocidio los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar argentina, a lo cual corresponde aquí remitirnos.

Por ello, baste por ahora con señalar que, además de los casos argentinos, el derecho comparado ofrece otros ejemplos de decisiones jurisprudenciales que han considerado inmersos en el grupo nacional a otros colectivos que, *prima facie* y no obstante compartir nacionalidad, parecen definirse prioritariamente por patrones de pertenencia distintos a aquella. A título de ejemplo puede mencionarse lo resuelto por la Audiencia Nacional Española en las sentencias adoptadas en noviembre de 1998 en el marco de dos procesos que, bajo el principio de jurisdicción universal, se habían iniciado allí contra casi una centena de militares argentinos, por un lado, y contra Augusto Pinochet por el otro⁹⁹.

Valga también anticipar aquí que, sin perjuicio de lo que diremos luego, tales posicionamientos han sido criticados, a su vez, por al menos parte relevante de la doctrina internacional, que enfatiza que el colectivo nacional no *incluye a los grupos*

⁹⁸ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), pág. 422.

⁹⁹ Decisiones de fecha 4 y 5 de noviembre de 1998, adoptadas, respectivamente en los recursos de apelación resueltos por esa Asamblea, bajo los números 84/98 y 173/98. Véase: Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 267.

Tal como apunta dicha autora, esta línea jurisprudencial sería posteriormente rechazada en ese país -en el caso Scilingo-, tanto por la propia Audiencia Nacional (19/05/2005), como por el Tribunal Supremo (1/10/2007), por considerar que constituían una analogía *contra reum* y por ello una vulneración del principio de legalidad.

políticos o sociales, y postula que aquel “punto de vista va más allá del tipo y contradice su tenor literal y su significado histórico”¹⁰⁰.

3.1.1.2.1. Lineamientos centrales de los posicionamientos que caracterizan como genocidio los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar argentina: su consideración al amparo de la noción de exterminio parcial de un grupo nacional.

Tal como adelantamos, y teniendo en cuenta que los grupos políticos no se encuentran entre los colectivos protegidos por el tipo de penal de genocidio, tanto la jurisprudencia como la doctrina que en nuestro país propician esa figura se han valido del “grupo nacional” para definir el marco de pertenencia de las víctimas del accionar represivo estatal, atribuyendo a los perpetradores la intención de destruir parcialmente ese colectivo. Por razones de orden expositivo, y sin perjuicio de que esta cuestión será, será retomada en otros tramos de la investigación, valga en el presente apartado presentar los lineamientos básicos de las posiciones que así lo proponen.

Su premisa central podría definirse del siguiente modo: a través del exterminio motivado por razones políticas (y dirigido contra ciertos colectivos y agrupaciones de esa naturaleza), el aparato represivo procuró, en definitiva, destruir *parcialmente* al *grupo nacional* en sí, a efectos de dar lugar a una reconfiguración del mismo y, con ello, al surgimiento de una nueva nación. Así, según se postula, su objetivo fue siempre el de redefinir el ser nacional, a punto tal que, por ello, llegó incluso a autodenominarse “proceso de reorganización nacional”.

En otras palabras, esta posición supone afirmar que la intención genocida no se dirigió exclusivamente a los grupos políticos a los que se procuraba exterminar, sino a la nación en su conjunto, cuya reestructuración constituía el fin último de la acción represiva.

Como hemos anticipado, desde el plano político y sociológico, han sido múltiples y convincentes los argumentos que se han sostenido para fundar esta premisa, dando cuenta de que el poder represivo efectivamente tuvo como objetivo final el de reconfigurar a la nación en su conjunto y que, para ello, se propuso extirpar del grupo

¹⁰⁰ Esta es la posición propiciada, entre otros, por Werle, quien además cita a William Schabas, Claus Kress y Barbara Lüders en el mismo sentido. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 423.

También críticamente, Elena Maculan, quien a su vez cita en tal sentido a Garrocho Salcedo, Gil Gil, y Feijoo Sánchez, entre otros. Véase: Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 270.

nacional a aquellos colectivos políticos cuya eliminación era un presupuesto necesario para el fin propiciado.

No es propósito de esta investigación profundizar sobre tales fundamentos, los que damos por suficientemente validados. Nuestro objetivo es, como se anticipó, determinar si esa realidad permite, desde el punto de vista estrictamente jurídico, incorporar la figura de genocidio en el proceso de juzgamiento.

No obstante, y al sólo efecto de establecer una base teórica elemental, que nos permita luego concentrarnos en los objetivos que nos hemos propuesto, abordaremos aquí algunos de los presupuestos básicos bajo los que se han sustentado estas posiciones, no sólo desde el campo sociológico y político, sino también desde el jurídico. Sin perjuicio de ello, los desarrollos vinculados con el primero de tales planos serán retomados al relevar la jurisprudencia nacional que, sobre la base de tales premisas, ha propiciado esta figura. Mientras que, en lo que hace a los posicionamientos eminentemente jurídicos, además de lo que aquí se consigne, la cuestión será examinada a lo largo de toda nuestra investigación.

Ahora bien, en el ámbito doctrinario nacional, es Daniel Feierstein el autor más prolífico sobre el tema, con abordajes anclados sustancialmente en las ciencias políticas y sociológicas, aunque también con desarrollos que procuran aportar a la solución jurídica del asunto¹⁰¹. Incluso, en su obra se han apoyado mayoritariamente los fallos locales que postulan este posicionamiento y que serán analizados más adelante. Por tal motivo, y a los efectos de este marco teórico, tomaremos la base argumental elaborada por dicho autor como expresión sustancial de la posición que califica como genocidio -bajo la referencia al grupo nacional- los hechos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar de nuestro país¹⁰².

¹⁰¹ Conforme releva Maculan, abonan esta misma posición autores como Fernández-Pacheco Estrada, Serrano Piedecabras y Gómez Benítez. Véase: Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 270.

¹⁰² En lo que sigue se procurará presentar de modo ordenado, sintético, y sistémico, el extenso desarrollo que en torno a esta temática ha llevado a cabo este autor en las diversas obras consultadas a los efectos de esta investigación, a saber: Daniel Feierstein, Seis estudios sobre genocidio - Análisis de las relaciones sociales, otredad, exclusión, exterminio (Buenos Aires: Del Puerto, 2008); Daniel Feierstein, «Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina,» de *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina* (Buenos Aires, Prometeo Libros: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD); Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* - Vol. LXI, N° 228 (2016); Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007); Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» *Revista Nueva Doctrina Penal* 2008/A (2008).

A fines expositivos, distinguiremos dos planos de análisis en los textos de Feierstein (aun cuando, como veremos, ellos no puedan escindirse en términos estancos): por un lado, aquel conformado por una serie de consideraciones estrictamente jurídicas, dirigidas fundamentalmente a sustentar que, en los términos de la Convención sobre Genocidio, el *grupo nacional* conforma una categoría apta para abarcar los hechos perpetrados en nuestro país; y por el otro, su abordaje eminentemente sociológico y político, mediante el que fundamenta -desde esa perspectiva- que tales delitos fueron efectivamente constitutivos de genocidio en tales términos.

El propio autor reconoce este doble análisis, vinculando el primero con aquello que denomina la *discusión en el plano de los conceptos jurídicos*, y el segundo con lo que conceptualiza como efectos del genocidio como *discurso de verdad* -referido esto último a la relevancia y consecuencias que dicha categoría tiene en los modos de representación de la realidad y, en definitiva, en los modos de construcción de la memoria colectiva-¹⁰³.

Comenzando por el aspecto sustancialmente jurídico, valga tomar como punto de partida aquellas consideraciones que dicho autor formula en torno al surgimiento mismo de esta figura. En tal sentido, comienza por examinar el modo en que el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg recogía la figura de crímenes contra la humanidad (recuérdese que ese instrumento no aludía aún al genocidio), a los que definía como “*el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron*”.

Postula que en esta definición podía advertirse una diferencia cualitativa entre dos modalidades de crímenes de lesa humanidad: a) por un lado la referida a aquellas acciones inhumanas cometidas contra cualquier población civil (asesinato, exterminio, esclavitud, etc.) que, según lo entiende, serían *indiscriminadas*; y b) por el otro, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, que tiene como objetivo a un grupo específico, discriminado intencionalmente del grupo social. Entiende que es precisamente en el marco de esta última modalidad que surgiría el concepto de

¹⁰³ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 211.

genocidio, centrado justamente en la noción del grupo, y no en la individualidad de las víctimas¹⁰⁴.

Refiere que, sin embargo, las negociaciones que rodearon a la adopción de las convenciones internacionales fueron limando la riqueza que esta noción tenía en su concepción original propiciada por Lemkin, quien conceptualizaba al genocidio en una doble dimensión, que abarcaba tanto la destrucción de la identidad del grupo -y no solo la eliminación física de sus integrantes-, como la imposición de la identidad del opresor¹⁰⁵. Así, según afirma dicho autor, ese carácter verdaderamente subvertor del término fue licuado en las sucesivas discusiones que tuvieron lugar en el seno de Naciones Unidas, en las que *“se logra excluir a algunos grupos (en particular, los grupos políticos) de la definición de genocidio y, sobre todo, encuadrar dicha definición en una formulación que logra desplazar la explicación del genocidio al ámbito de la irracionalidad (la remisión a un racismo que se observa precisamente como “despolitizado”, como desvinculado de la lógica de constitución de la opresión estatal que aparecía como central en la definición de Lemkin); (c)omo corolario de esta exclusión, los asesinatos políticos pasan a ser incluidos bajo la figura de crímenes contra la humanidad (ahora diferenciada de la de genocidio), un modo de comprensión que centraba la acción en una persecución contra individuos (comprendidos como parte de la “población civil” indiscriminada) y en la cual el criterio de “grupo” queda excluido”*¹⁰⁶. Así, queda también desvinculado, según su apreciación, de las lógicas de constitución de la opresión estatal¹⁰⁷.

Ahora bien, sin perjuicio de las críticas que oportunamente formularemos en torno a la definición que finalmente fue plasmada en tales instrumentos, valga aquí poner el énfasis en la alternativa que Feierstein propone para, en ese marco jurídico (y pese a él), calificar como genocidio los hechos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar.

¹⁰⁴ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 212-213.

¹⁰⁵ *“La riqueza de la visión de Lemkin radica en estos dos elementos fundamentales: que un genocidio se propone la destrucción de la identidad de un pueblo -no solamente la de los “cuerpos” inmediatamente aniquilados- y que este proceso de destrucción se vincula con políticas de opresión, en tanto que la transformación de la identidad de un pueblo se lleva a cabo con el objetivo de oprimirlo”*. Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 250.

¹⁰⁶ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 214-215.

¹⁰⁷ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 250.

El autor postula que, no obstante la exclusión de los grupos políticos y la pretensión de anular la destrucción de aquellos como tales -*al remitirlos a asesinatos individuales en el marco de la figura de crímenes contra la humanidad*-, la definición internacional exhibe aún una “ventana” que permite incorporar los modos sistemáticos de destrucción de la identidad que estaban en el origen de este término, a través de la noción de *exterminio parcial de un grupo nacional*¹⁰⁸.

Esta idea, que constituye su posicionamiento jurídico central, se sustenta -además- en amplios fundamentos sociológicos (de allí que, como decíamos, ambos planos de análisis no pueden escindirse completamente). Sin necesidad de relevar exhaustivamente aquí tales fundamentos, baste con señalar que, en lo sustancial, postula que la propia composición del grupo nacional supone en su integración la consideración de grupos o personas cuya presencia, en definitiva, define la identidad grupal. Atento a ello, la eliminación de determinados colectivos o determinadas personas implicaría, a la vez, la destrucción parcial del propio grupo nacional que aquellos integran, lo cual -según afirma- constituye precisamente la finalidad perseguida por los procesos genocidas: *“un genocidio siempre constituye (...) una “destrucción parcial del grupo nacional”*¹⁰⁹. Sostiene que la propia Convención sobre Genocidio dejó abierta esa posibilidad, *“a partir del principio -desarrollado por Lemkin- de que los genocidios modernos son, en definitiva, “procesos de destrucción de la identidad de grupos nacionales” (...) y siendo que dicha definición (la destrucción parcial de un grupo nacional) se encuentra contemplada en la redacción actual de la Convención y permite dicha interpretación”*¹¹⁰.

Ahora bien, sin perjuicio del análisis que oportunamente corresponderá hacer sobre determinados aspectos de esta posición (como lo relativo a su ponderación desde el plano de la legalidad penal y la viabilidad de derivar de ella consecuencias sustancialmente sancionatorias), lo cierto es que, en términos estrictamente hermenéuticos, la noción resulta convincente.

¹⁰⁸ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 215-216.

¹⁰⁹ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 251.

¹¹⁰ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 249.

Por el contrario, entendemos que otros de los postulados jurídicos sostenidos por el autor no resultan acertados, lo que -por supuesto- no invalida la solidez teórica de su premisa principal, antes consignada.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con el carácter necesariamente indiscriminado que parece asignarle a la figura de crímenes de lesa humanidad, equívoco sobre el que profundizaremos al examinar dicho delito (en el apartado 3.1.2.5).

A la vez, entendemos que tampoco resulta correcto afirmar, como lo hace el autor, que por haber sido ratificada la Convención sobre Genocidio en forma previa a los hechos que nos ocupan, dicha figura -en contraste con la de crímenes de lesa humanidad- *“facilita(ría) su aplicación a los casos bajo análisis, al cumplir el principio de irretroactividad”*¹¹¹. Y es que ello supone desconocer que, conforme el derecho constitucional de nuestro país, y según ha sido ya acertadamente establecido por la jurisprudencia nacional, la consideración de este último delito puede ser válidamente anclada en la costumbre internacional, por ser esta -al igual que los tratados- una fuente indiscutible en ese ámbito. Por lo tanto, y toda vez que esa costumbre preexistía a la comisión de los hechos que nos ocupan, la conceptualización de los delitos perpetrados en nuestro país como crímenes contra la humanidad -como también su imprescriptibilidad-, no suponen vulneración alguna al principio de legalidad (desarrollaremos estas premisas en el apartado 3.1.2.2).

Debemos también disentir de su afirmación en el sentido de que *“todo genocidio implica también la comisión de crímenes contra la humanidad, pero no es así a la inversa”*¹¹². Y si bien ello quedará claro al momento de examinar las relaciones concursales entre una y otra figura, baste aquí con señalar que, con sólo atender a las divergencias que ambas verifican en torno a la exigibilidad del elemento contextual (mayoritariamente refutado en el delito de genocidio -tal como veremos- e inherente, por el contrario, a los delitos de lesa humanidad), queda claro que, al menos según las definiciones actuales, no todo genocidio admitirá, simultáneamente, ser calificado como crimen contra la humanidad, precisamente porque son admisibles las hipótesis genocidas sin verificación de un elemento contextual.

Por otro lado, entendemos que tampoco pueden validarse al menos parte de las propuestas que formula para neutralizar el riesgo que, según señala, podría implicar la consideración de la figura de genocidio en nuestro país, consistente en que

¹¹¹ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 227.

¹¹² Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 218.

determinados jueces, por disentir con esta posición, pudieren absolver a los acusados. Las alternativas que sugiere en torno a ello son las siguientes: a) exigir la imputación por ambas figuras (genocidio y crímenes de lesa humanidad); b) imputar por el conjunto de delitos individuales (privación abusiva de libertad, torturas, etc.), pero describiendo los hechos como como *crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio*; y, finalmente, c) *“tipificar el genocidio en nuestro código penal, incluyendo en dicha figura al aniquilamiento de grupos políticos (...) zanjando de este modo el craso error cometido por razones geopolíticas en el articulado de la Convención (...)”*; a lo cual agrega que *“(d)ado el carácter de ius cogens del delito de genocidio y, aún desde la positividad, la ratificación de la Convención sobre Genocidio por nuestro país en 1956, el cumplimiento de la tipificación permitiría su aplicación retroactiva, al tipificar un crimen existente en nuestro ordenamiento, tanto por ius cogens como por derecho positivo, y su formulación inclusiva eliminaría la discusión planteada acerca de la subsunción de la experiencia argentina en la figura de genocidio”*¹¹³.

Si bien retomaremos este análisis más adelante, en tanto ello supone avanzar, en definitiva, hacia las conclusiones finales de nuestra investigación, valga anticipar aquí que sólo la segunda de las propuestas formuladas puede *prima facie* reputarse como acertada. En efecto, dados los límites que impone el principio de legalidad, es la doble subsunción a la que antes hemos aludido -consistente en encuadrar las conductas criminales en los tipos penales del código vigente al momento de los hechos y recurrir a los delitos internacionales sólo como categorías jurídicas generales de las cuales se desprenden ciertas consecuencias (como la imprescriptibilidad)- la única alternativa admisible en nuestro proceso de juzgamiento. Corresponderá luego determinar si aquellas consecuencias de carácter netamente sancionatorio pueden ser válidamente derivadas de ambas figuras internacionales o sólo de una de ellas, más allá de otros efectos de carácter simbólico que puedan establecerse.

Y es que, como es sabido, los instrumentos internacionales vigentes a la época de los hechos no contienen los presupuestos necesarios para llevar a cabo autónomamente un juicio penal -vgr. no definen penas-, por lo cual, si bien los tribunales locales pueden y deben considerar los tratados o la costumbre internacional para categorizar determinados delitos como crímenes internacionales, necesitan sustentar el proceso penal en los tipos penales definidos por la legislación local.

¹¹³ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 229.

Sobre la base de tales razonamientos, es que entendemos no puede admitirse la primera de las alternativas planteadas, en tanto resulta inviable una imputación exclusiva bajo categorías internacionales (aun cuando se acudiere a ambas figuras en forma simultánea).

En lo que hace a la tercera, y tal como fue anticipado al relevar las posibilidades de ampliación que los Estados nacionales tienen con relación a los grupos protegidos, cualquier modificación en tal sentido sólo podrá tener efectos respecto de aquellos hechos perpetrados con posterioridad a que estas hayan operado, por lo cual tampoco puede ser una *solución* a considerar en el actual proceso de juzgamiento.

Ahora bien, concluido el relevamiento del análisis predominantemente jurídico que dicho autor propicia, valga enfocarnos en el desarrollo eminentemente sociológico y político en el que funda su posicionamiento.

Sin necesidad de reproducir aquí el extenso abordaje que Feierstein formula en torno a demostrar la pertinencia -y la necesidad- de conceptualizar como genocidio los hechos cometidos en el marco de la última dictadura militar, baste al menos con relevar algunas de sus ideas principales. Y es que a la par de su premisa fundamental ya consignada, en el sentido de concebir la destrucción parcial del grupo nacional como expresión misma de la eliminación identitaria que provoca el genocidio, dicho autor elabora otros diversos razonamientos que sustentan aquella posición.

Así, por ejemplo, al criticar el “racismo despolitizado” que dicho autor asigna a la conceptualización de genocidio en su concepción jurídica dominante, refiere que dicha condición no se ha verificado jamás en la historia moderna, en tanto todos los genocidios tienen ineludiblemente motivaciones políticas -precisamente por ello, según postula, aquella percepción ha tenido como consecuencia política directa que ningún fenómeno criminal del presente parezca alcanzar nunca el estándar de dicho concepto-¹¹⁴.

Afirma que, por el contrario, si se entiende que todo genocidio supone la destrucción parcial de la identidad del grupo nacional al que se dirige la acción, podrán comprenderse a cabalidad todos los procesos genocidas, ya sean aquellos en los que la opresión se desataba contra grupos colonizados (conforme, según indica el autor, lo concebía Lemkin al momento de la elaboración del concepto), o sean aquellos en los oprimidos integran el propio grupo nacional de los opresores, tal como ocurrió en la segunda mitad del siglo XX. En este último caso, según explicita, fueron los propios

¹¹⁴ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 250.

ejércitos nacionales de cada estado los que, a través de doctrinas como la de la seguridad nacional, pasaron a ejercer las tareas de opresión, cual ejércitos de ocupación en sus propios territorios¹¹⁵.

Señala que aquellas posiciones que niegan este enfoque, sobre la base de que -para enmarcar un proceso genocida como destrucción parcial de un grupo nacional- perpetradores y víctimas no deben compartir la misma nacionalidad, remiten ineludiblemente a interpretaciones cuyas consecuencias en la reconstrucción de la memoria colectiva en sociedades post genocidas resultan perjudiciales. Así, según postula, terminan por conceptualizar a los genocidios como confrontaciones entre dos o más grupos, y anclan en el odio ancestral o en otras lógicas de conflicto la explicación causal de tales procesos, omitiendo examinar estos fenómenos como verdaderas estrategias de poder, cuyo objetivo último no se dirige a las propias poblaciones aniquiladas, sino al modo en que dicho aniquilamiento opera sobre el conjunto social¹¹⁶.

En tal sentido, examina extensamente diversos procesos genocidas¹¹⁷, para demostrar que aquella explicación -que critica- sólo ha podido prosperar respecto de los genocidios ocurridos en África o Medio Oriente, y no porque allí dicha conceptualización sea válida, sino porque la errónea explicación, etnocéntrica, que remite a un “salvajismo tribal” o a una “confrontación bárbara” entre grupos antagónicos es allí más difícil de contrastar, precisamente en razón del *“desconocimiento de las complejas realidades políticas de regiones de cuyos conflictos y construcciones identitarias poco y nada se conoce en el occidente europeizante y orientalista (...), y el caso quizás más emblemático y claro es el de Ruanda, la propia distinción entre grupos calificados como étnicos o raciales -hutus y tutsis- se desvanece entre los dedos y deja en claro la tremenda complejidad y articulación de los procesos identitarios, en las lógicas de clase, políticas colonialistas y transformaciones culturales crearon en menos de dos siglos identidades que son percibidas como étnicas cuando no tienen elemento alguno -ni lengua, religión, ni elementos fenotípicos- para sostenerse como tales. Por el contrario, estamos frente a una rápida “racialización” de grupos cuya diferencia era más bien económica, basada*

¹¹⁵ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 251.

¹¹⁶ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 252.

¹¹⁷ El caso del nazismo, por ejemplo, es extensamente abordado en: Daniel Feierstein, Seis estudios sobre genocidio - Análisis de las relaciones sociales, otredad, exclusión, exterminio (Buenos Aires: Del Puerto, 2008).

en procesos de división del trabajo”¹¹⁸. Es precisamente en esta lógica que cuestiona la insistencia en calificar como genocidio exclusivamente las situaciones operadas en Sudán, Nigeria, Zimbabue o la Ex Yugoslavia, en tanto un análisis cuidadoso de tales fenómenos revela que, al igual que el caso de Ruanda, no puede plantearse la prescindencia de motivaciones políticas en la explicación de tales aniquilamientos.

“Por el contrario, quienes sostienen la pertinencia del uso del concepto de “destrucción parcial del grupo nacional” -como varios de los tribunales que se encuentran juzgando en Argentina, así como la sentencia pionera del juez Baltasar Garzón en España para los casos argentino y chileno-, tienden a priorizar el análisis del genocidio como estrategia de poder, cuyo objetivo último no radica en las poblaciones aniquiladas sino en el modo en que dicho aniquilamiento opera sobre el conjunto social, sea este conjunto la sociedad alemana, la población europea en los territorios ocupados por el nazismo, la población yugoeslava, ruandesa, indonesia, camboyana o latinoamericana”¹¹⁹.

Es en este marco, que al examinar las posibilidades que dicha figura y la de crímenes de lesa humanidad ofrecen desde la perspectiva de su impacto en la comprensión social del fenómeno delictivo, afirma que en esta última sólo se hacen visible los delitos puntuales cometidos por los perpetradores (asesinatos, tortura, etc.), mientras que el genocidio enfatiza la finalidad de la acción -que, según postula, se dirige contra el conjunto de la población y no sólo contra el grupo que constituye el objetivo directo del ataque- y, con ello, permite que la sociedad pueda reflexionar sobre los efectos del aniquilamiento¹²⁰.

Utiliza como ejemplo el fenómeno del nazismo para ilustrar el modo en que un proceso genocida puede ser apropiado o ajenizado por la propia facción que lo vive. En tal sentido, señala que, si sólo se pone el acento en la destrucción total de las comunidades judías o gitanas que habitaban el territorio alemán, polaco, o lituano, se ofrece una representación del fenómeno que pareciera no haber afectado a alemanes, polacos o lituanos.

¹¹⁸ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 252.

¹¹⁹ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 253.

¹²⁰ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 219.

“(...) eran precisamente los genocidas quienes consideraban a judíos y gitanos -también en algún sentido a los eslavos, aunque en un escalón superior- como seres ajenos y extraños a la comunidad nacional, y su exterminio o expulsión era una necesidad de purificación de aquello que nunca había sido considerado como propio, más allá de que su diferenciación era también un proceso histórico. Mantener entonces esta división -esto es, que los judíos y gitanos no eran parte de los grupos nacionales europeos y por tanto “tenían una identidad diferente a la de sus perpetradores”-, por mucho que se condene al nazismo o al exterminio nazi, constituye un modo encubierto, sutil, pero profundamente efectivo de legitimar la ideología genocida, en lo que hace a sus modos de concebir las identidades de la región”¹²¹.

Postula que, por el contrario, si se observa a dicho proceso como la destrucción parcial del grupo nacional alemán, polaco o lituano, se reincorpora a las víctimas en su real dimensión y se confrontan los objetivos propios del nazismo, que no se limitó sólo a exterminar a determinados grupos, sino también a procurar la transformación de la sociedad a través de los efectos que la ausencia de tales grupos provocaría en ella¹²².

En similar sentido, señala que si se presta atención al nazismo, se advierte que el exterminio dirigido contra la comunidad judía se explica por algo más que *“el mero hecho de ser judíos”*, en tanto, la construcción de la negatividad de ciertos grupos se vincula con su *potencial subvertor* o su *inasimilabilidad para un determinado orden social*. Consecuentemente, postula que resulta necesario -para desmontar esta construcción negativa y recuperar la identidad social de las víctimas, recomponer en qué términos fue ideado su exterminio, ya que, de lo contrario, se propicia la realización simbólica del genocidio: *esos cuerpos eliminados materialmente también son borrados de manera simbólica*¹²³.

En definitiva, lo que dicho autor cuestiona, es lo que define como mirada “binaria” de los procesos genocidas, al señalar que aquella *“que comprende los procesos de destrucción como conflictos entre identidades esencialmente diferentes, como*

¹²¹ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 255.

¹²² Daniel Feierstein, «Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina,» de *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina* (Buenos Aires, Prometeo Libros: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD).

¹²³ Daniel Feierstein, *Seis estudios sobre genocidio - Análisis de las relaciones sociales, otredad, exclusión, exterminio* (Buenos Aires: Del Puerto, 2008), 136.

“alemanes versus judíos, turcos versus armenios, o hutus versus tutsis”- debe ser puesta en cuestión, ya que en verdad legitima la perspectiva de los perpetradores del genocidio y sus modos de concebir tanto las identidades como los conflictos entre las mismas”¹²⁴.

Al llevar dicho análisis al caso argentino, Feierstein plantea que, en definitiva, fue la reorganización del ser nacional el objetivo buscado por el accionar represivo estatal. A tales efectos, brinda numerosos argumentos para demostrar que no existió un ataque indiscriminado contra la población civil, sino una intervención *quirúrgica* frente a un grupo claramente discriminado, cuya eliminación permitiría, precisamente, fundar una nueva sociedad¹²⁵.

En este punto, y tal como anticipamos, resulta complejo diferenciar los dos órdenes antes propuestos -sociológico y jurídico-, en tanto se permean con particular énfasis. Y es que, al fundar su posición, el autor discute concretamente algunos de los argumentos que han sido esgrimidos en causas judiciales para refutar esta calificación. Así, por ejemplo, hace referencia al *amicus curia* presentado por el Grupo Nizkor en la causa Scilingo tramitada ante la justicia española¹²⁶, en el cual se afirmaba, sustancialmente, que los hechos sucedidos en Argentina no cumplían con el tipo subjetivo o *mens rea* exigido por el delito, en tanto las víctimas habían sido seleccionadas por sus convicciones políticas y no por su pertenencia a un grupo que se procurara eliminar. A partir de allí, Feierstein afirma que “*la diferencia que se planteará aquí con la argumentación del escrito de Nizkor no radica, por tanto, en los modos de definir y tipificar los delitos, sino en la interpretación histórica de lo ocurrido en la Argentina*”¹²⁷.

Y si bien esto será retomado al estructurar las posibilidades teóricas bajo las cuales puede ser considerada esta figura frente a escenarios de destrucción grupal motivados en razones esencialmente políticas -y más concretamente, al analizar si una

¹²⁴ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 249.

¹²⁵ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008). En el mismo sentido: Daniel Feierstein, El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007).

¹²⁶ El autor se refiere al Amicus Curiae presentado a pedido por la Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic de la Facultad de Derecho de Yale, a pedido del Equipo Nizkor, en el marco de la causa Scilingo (ante el Tribunal Supremo de España, Sala 2da, causa procedente de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal: Sección 3ª, Rollo de Sala: 139/1997, Juzgado Central de Instrucción 5, Sumario 19/1997). Una traducción al español de esa presentación, realizada por el propio Grupo Nizkor, puede verse en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/yaleamicus2.html> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

¹²⁷ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 222.

interpretación expansiva del tipo subjetivo en torno a los grupos destinatarios puede o no contrariar el principio de legalidad, al menos con relación a un momento en el que esa interpretación no imperaba- (en cuyo caso, difícilmente pueda afirmarse que no se está discutiendo el modo de definir y tipificar los delitos), por lo pronto baste aquí con expresar cuáles son las diferencias que dicho autor plantea con la afirmación del Grupo Nizkor, en tanto será útil al momento de valorar si ese posicionamiento puede influir -al menos a futuro (y por fuera de los límites que hoy plantea el principio de legalidad)- en el modo de interpretar el grupo nacional, hacia el cual puede dirigirse el ataque.

En concreto, y en concordancia con el desarrollo de toda su obra, Feierstein refuta el modo en que se construye -en la perspectiva de Nizkor, por ejemplo- el concepto de grupo nacional. Así, cuestiona la mirada que centra dicha construcción en cierta comunidad cultural, de lengua, forma de vida, etc., y sostiene que esa perspectiva recortada no logra tomar en cuenta el efecto que la presencia de determinados colectivos tiene en la composición del grupo nacional y, por lo tanto, invisibiliza el impacto que la eliminación de aquellos tiene en este: *“así como los judíos o gitanos no pueden ser vistos como parte del grupo nacional alemán, los militantes políticos son alienados del grupo nacional argentino, al considerarse que su elección fue aleatoria e indiscriminada y, particularmente, al considerar como no probado el mens rea específico, esto es, la intencionalidad de los perpetradores de producir la destrucción parcial del grupo nacional argentino”*¹²⁸.

Para apoyar tales premisas, no sólo releva múltiples expresiones realizadas por diversos perpetradores de estos crímenes, sino también documentos producidos por el propio esquema represivo estatal, como es el caso -por ejemplo- del “Proyecto Nacional” desarrollado en 1976 por el Ministerio de Planificación de la dictadura militar, a cargo del general Díaz Bessone, todo ello a efectos de demostrar que la finalidad perseguida por dicho proceso fue, precisamente, la de producir la “reorganización nacional” -como se autodenominó el régimen implementado por la dictadura- y fundar una nueva república. Afirma que, por ello, es claro que *“no se trata, entonces, ni de una guerra que tiene un enemigo únicamente militar –la guerrilla– ni de un ejercicio del terror indiscriminado sobre el conjunto social, sino precisamente de una “operación quirúrgica” claramente delimitada, frente a un grupo de población específicamente discriminado y cuya ausencia por aniquilamiento permitiría fundar la nueva sociedad, transformando a*

¹²⁸ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 223.

*dicho grupo nacional a través del aniquilamiento de una parte de sí, cuya desaparición operaría efectos sobre el conjunto*¹²⁹.

En esta misma lógica, ha conceptualizado concretamente la experiencia de nuestro país como un “genocidio reorganizador”, al señalar que *“puede pensarse, complementariamente como una de las experiencias más sintéticas y logradas de este “genocidio reorganizador” como modelo de destrucción y refundación de las relaciones sociales. Incluso como aquel proceso social que sugiere explícitamente el carácter de la práctica a través de su autodenominación como “Proceso de Reorganización Nacional”, una novedad en relación tanto con otras dictaduras militares como con procesos genocidas previos*¹³⁰.

Por otro lado, resulta de interés mencionar también su abordaje referido al impacto que dicha calificación puede tener sobre la dimensión de las víctimas, al afirmar que es esta figura la que *restablece el sentido de las (mismas) al arrancarlas de su rol de inocencia abstracta al que parece arrojarlas el concepto de crímenes contra la humanidad (en tanto población civil indiscriminada) y entenderlas como un grupo discriminado por los perpetradores, elegido no aleatoria sino causalmente para que su desaparición generar una serie de transformaciones en el propio grupo de la nación*¹³¹.

Y si bien debemos apuntar que dicho razonamiento parte de asumir que el ataque definitorio de los delitos de lesa humanidad es necesariamente indiscriminado -cuestión que, como hemos ya señalado, no resulta acertada-, no deja de constituir un análisis relevante, en tanto sólo para el genocidio resultará central la intención de destruir al grupo en sí y, por lo tanto, la selección de las víctimas no sólo presupondrá allí identificarlas como colectivo diferenciado al que se pretende atacar (como podría ocurrir en el crimen de lesa humanidad bajo la modalidad de persecución), sino que lisa y llanamente procurará la destrucción -total o parcial- del colectivo al que pertenecen.

Finalmente, y en adición de los dos abordajes antes reseñados, hay una última cuestión desarrollada por este autor que resulta oportuno consignar: la referida a la utilidad que tiene la distinción entre ambas figuras en los procesos penales en curso en nuestro país -más allá de los postulados de alcance general que plantea en términos de reconstrucción de la memoria colectiva y que ya han sido reseñados (de los cuales se

¹²⁹ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 226.

¹³⁰ Daniel Feierstein, El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007), 356.

¹³¹ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 219.

desprende, por supuesto, la mirada local que aquí se consignará)-. En lo sustancial, postula que si bien desde una óptica que privilegia la sanción penal y los mecanismos de imputación puede ser válido cuestionar la utilización de la figura de genocidio en el juzgamiento de los hechos que nos ocupan -toda vez que, teniendo idénticas consecuencias jurídicas que la de lesa humanidad (imprescriptibilidad, jurisdicción universal, etc.), aquella sólo dificultaría, por su mayor complejidad, la sanción de los perpetradores-; lo cierto es que desde una óptica que enfatiza el rol del derecho como “constructor de verdad” debe llegarse a la solución contraria, particularmente teniendo en cuenta que en los tiempos actuales la edad de los perpetradores torna cada vez menos relevantes las consecuencias punitivas y más significativas, por el contrario, las discusiones que tales procesos pueden generar en la sociedad y los medios de comunicación¹³².

En consonancia con ello, afirma que *“el derecho tiene un papel relevante que jugar con sus sentencias en la discusión acerca del sentido del aniquilamiento ocurrido en nuestro país, (...) (e)l concepto de genocidio puede quebrar los procesos de ajenezación de la experiencia de exterminio y permitir de dicho modo la percepción de la transformación de nuestra sociedad, a través del intento de destrucción total de determinados grupos políticos, profesionales, sindicales o religiosos y de la destrucción parcial del grupo nacional argentino que se buscaba y se consiguió a través de estos procesos de eliminación sistemática”*¹³³.

Retomaremos este análisis al tomar posición sobre los problemas que nos ocupan en esta investigación, oportunidad en la cual deberá no sólo examinarse la utilidad de esta conceptualización -en los términos planteados por el autor-, sino también su pertinencia en razón de las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado.

¹³² Esta noción encuentra puntos de conexión con lo sostenido por Carlos Nino en su conocida obra “Juicio al mal absoluto”, en la cual, al hacer referencia, no -por supuesto- al concepto de genocidio, pero sí, en general, a la incidencia que los juicios por delitos de lesa humanidad tienen en la sociedad en su conjunto, destaca el *“ulterior beneficio de la justicia retroactiva en el contexto del mal radical”*, señalando *“los juicios promueven la deliberación pública en una forma única”*, para luego concluir que *“(l)a deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que han llevado, y continúan llevando, a un debilitamiento del sistema democrático y a la comisión de violaciones masivas de derechos humanos (...), (e)l dar a conocer la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoexamen”*. Carlos Santiago Nino, Juicio al mal absoluto ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos? (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 236.

¹³³ Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 228.

3.1.1.3. *Las controversias en torno a un elemento contextual y/o político*

Por último, resulta necesario a los efectos de nuestra investigación formular algunas consideraciones sobre las controversias que se han planteado en torno a la exigencia de un elemento contextual -o hecho global¹³⁴- en esta figura, como así también en lo que respecta a la consideración de un elemento político. Como anticipamos, la posición mayoritaria no considera que un elemento de estas características integre la estructura del tipo¹³⁵, en tanto sólo exige componentes objetivos en los actos individuales, mientras que los restantes elementos son ineludiblemente subjetivos, ya sea el dolo (vinculado con esos mismos actos individuales), ya sea la intención de destruir (que si bien debe dirigirse al hecho global que estaría configurado por la efectiva destrucción, total o parcial, del grupo, no precisa, para estas posiciones, de un determinado nivel de realización de ese hecho, ni de ningún otro elemento objetivo -con salvedad, claro está, de la realización de alguno o algunos de los actos particulares-).

Como puede advertirse, se trata de una cuestión de relevancia a los fines de nuestra investigación, precisamente porque si se tiene en cuenta que tales posiciones - mayoritarias, como se dijo- niegan la exigencia de un elemento de esta naturaleza en esta figura, deberá ponderarse entonces si una eventual calificación legal que conceptualice exclusivamente como genocidio los hechos sucedidos en nuestro país podría suponer la invisibilización del marco contextual en que aquellos se perpetraron (en razón de la irrelevancia jurídica que para este tipo penal supondría la intervención del Estado o la sistematicidad y generalidad que caracterizó al accionar represivo en el caso argentino, extremos que sí se encuentran presentes en la categoría de crímenes contra la humanidad).

A la vez, y por similares razones, será también relevante al momento de analizar las relaciones concursales entre una y otra figura.

Finalmente, también tendrá importancia en el análisis sobre la pertinencia de uno de los argumentos sostenidos por algunas de las posiciones que propician esta figura en desmedro de la de crímenes de lesa humanidad, consistente en afirmar que esta última

¹³⁴ Siguiendo la terminología de Werle, a la que también aludimos al referirnos a la categoría de crímenes contra la humanidad. Véase: Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

¹³⁵ Tal es el caso, por ejemplo, de Werle, Cryer o Kai Ambos, como también de la mayor parte de la jurisprudencia internacional, conforme más adelante se indicará. Véanse: Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011); Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007); Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de *Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional* (Bogotá, Ibañez, 2004).

sería más susceptible a su expansión punitiva en torno a hechos de envergadura cualitativamente menor que los originalmente previstos como crimen internacional, como es el caso del terrorismo. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la inexigibilidad de un elemento de contexto en la figura de genocidio puede conducir, por ejemplo, a la aceptación del denominado “*genocidio de un solo hombre*”, pues entonces es claro que el riesgo de inflación penal no es exclusivo de los crímenes contra la humanidad.

Volveremos sobre cada uno de estos extremos al tomar posición sobre los problemas planteados en este trabajo.

En lo que sigue, y aclarada su relevancia para nuestra investigación, examinaremos los fundamentos centrales de las posiciones que postulan que el genocidio sí contiene un elemento contextual -y/o político, según el caso- (a); y de aquellas que lo niegan (b).

a) Entre las primeras, y a fines expositivos, se puede distinguir aquellas que no obstante exigir un elemento de ese orden, lo delimitan de modo específico para este crimen –sin equipararlo al elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad- (a.1); y aquellas que consideran que existe un denominador común entre los elementos contextuales de una y otra figura (a.2).

a.1- El primer supuesto es el que parece desprenderse del texto recogido por los Elementos de los Crímenes, elaborados por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y aprobados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de conformidad con lo establecido por el art. 9 del propio Estatuto)¹³⁶, en tanto exigen -con referencia a cada uno de los actos particulares constitutivos de este crimen (matanza, lesión grave, sometimiento a condiciones de existencia que hayan de la destrucción, medidas destinadas a impedir nacimientos y traslados forzosos)- que las conductas o los actos “*hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción*”.

En ese tenor, dicho documento parecería recoger un elemento contextual, aunque circunscripto a circunstancias no exactamente equiparables a las que conforman el elemento contextual en los crímenes de lesa humanidad.

En el ámbito doctrinario, Cryer postula que si el genocidio pretende ser considerado como un delito particularmente grave debe efectivamente exigirse un elemento objetivo

¹³⁶ Véase: Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documentos Oficiales, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.03.V.2 y corrección), segunda parte. B; y también Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documentos Oficiales, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11). Ambos en: <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

vinculado *con determinada escala o gravedad*; incluso, señala que el elemento de los crímenes antes aludido fue introducido justamente para contrarrestar la posibilidad de considerar el genocidio de un solo hombre (hipótesis que, como luego indicaremos, había sido contemplada por el TPIY en el fallo Jelusic)¹³⁷.

Contrariamente, y como veremos luego, las tesis que niegan la existencia de un elemento en este sentido o bien interpretan esta exigencia de los Elementos de los Crímenes como una cuestión limitativa de la competencia del Tribunal (pero no como un elemento integrante del tipo), o bien postulan -lisa y llanamente- que dicho documento resulta, en ese punto, inválido, en tanto no puede tener entidad para modificar los términos del propio Estatuto¹³⁸.

Ya en el ámbito de la jurisprudencia, si bien las decisiones internacionales son mayoritariamente contrarias a esta posición, lo cierto es que lo resuelto por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional en el caso Al Bashir¹³⁹ plantea un escenario más dudoso, en tanto -según la valoración que se haga de esa decisión (cuestión que abordaremos al analizar la posición contraria a la aquí examinada)- podría ser interpretada como un aval a la exigencia de tal elemento contextual.

Y es que, por mayoría, la citada Sala reconoce validez a los términos establecidos por los citados Elementos, en el entendimiento de que ello resulta consistente con la noción de que el delito de genocidio exige la verificación de una *amenaza real y concreta* para la existencia del grupo perseguido, o de una parte del mismo, extremo este último que, a su vez y según postula, resultaría inherente a la protección que ofrece la norma penal en este caso -toda vez que, como *última ratio* para preservar los más altos valores de la comunidad internacional, sólo puede emerger cuando la amenaza reviste aquellas características y no es meramente latente o hipotética¹⁴⁰. Según se afirma en ese fallo, esta sería precisamente la "*concepción tradicional*" del genocidio como crimen de crímenes¹⁴¹.

¹³⁷ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 177-178.

¹³⁸ Abordaremos estas posiciones más adelante.

¹³⁹ CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir")*, ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009.

¹⁴⁰ CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir")*, ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009, párrs. 123-124.

¹⁴¹ CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir")*, ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009, párr. 133.

Así, y en tanto entiende que, precisamente por lo anterior, no se verifica una “contradicción irreconciliable” entre el Estatuto y los Elementos¹⁴² -hipótesis en la que aquél sí debería prevalecer-, estos últimos deben ser efectivamente considerados¹⁴³.

En definitiva, conforme esta primera posición aquí examinada, el delito de genocidio sí exigiría un contexto o *hecho global* constituido por un elemento objetivo -la amenaza real para la existencia del grupo o de una parte de él-, lo cual impacta en la estructura del tipo, toda vez que -además de los actos individuales (en los cuales la doctrina mayoritaria sí reconoce elementos objetivos)- y del dolo relativo a esos hechos individuales, ya no bastaría con la intención de destruir, sino que esta debería tener entidad suficiente para amenazar concretamente la existencia total o parcial del grupo, configurándose así la exigencia de un hecho global o elemento contextual, definido en tales términos. Valga referir que Lemkin, en su desarrollo conceptual de este crimen, suponía la existencia de un elemento contextual¹⁴⁴ y que Kai Ambos releva -aunque críticamente, por cierto- algunos precedentes jurisprudenciales de Alemania que apoyan esta misma tesis¹⁴⁵.

a.2- Como dijimos, otras posiciones van a más allá y no sólo afirman la existencia de un elemento contextual en el genocidio, sino que lo equiparan con el que fuera definido para los crímenes de lesa humanidad.

Así, para Liñán por ejemplo, el elemento de contexto del genocidio no se vincula sólo con la amenaza concreta a la existencia total o parcial del grupo, sino con las características propias del ataque en cuyo marco, según postula, debe procurarse su destrucción. En tal sentido, sostiene dicho autor que el elemento contextual -no así el político- previsto para los crímenes de lesa humanidad se encuentra implícito en el concepto de genocidio, toda vez que tanto la sistematicidad como la generalidad de un

¹⁴² CPI, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"), ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009, párr. 132.

¹⁴³ CPI, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"), ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009, párrs. 128.

¹⁴⁴ Héctor Olasolo, Daniela Suárez y María Paula López, «El principio *nullum crimen sine iure* y el elemento contextual del delito de genocidio,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 426.

¹⁴⁵ En tal sentido, menciona que el Tribunal Superior de Düsseldorf refirió en el caso Jorgic (26 de septiembre de 1997) que el genocidio exigía una “*conducción centralizada y organizada estructuralmente*”, criterio también adoptado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfGE, juicio de 12 de diciembre de 2000. En: Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).

ataque que aquella figura exige se verificarán ineludiblemente en la comisión de este último tipo penal¹⁴⁶.

Con relación a lo primero, indica que la intención de destruir exigida por el delito de genocidio, presupone ineludiblemente el carácter sistemático de la conducta punible - en tanto, la propia selección de las víctimas, supone ya un patrón de actuación dirigido a dicho fin, al igual que la ejecución de cualquiera de las conductas que configuran dicho delito-. En apoyo de esta premisa, afirma que ello se desprende de la propia exigencia prevista por los “Elementos de los crímenes” del Estatuto de Roma a la que antes hicimos referencia. Como apoyo jurisprudencial de esta posición Liñán cita la decisión del TPIY en el caso Krstić -pese a que ella sería posteriormente revertida en este punto por la Sala de Apelación-. En dicho precedente, aquel Tribunal señaló que *“el requisito del artículo 5 de que el crimen contra la humanidad sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil se encuentra comprendido en el genocidio en el requisito de que éste se cometa con la intención de destruir un específico tipo de grupo (...), los actos de genocidio deben ser cometidos en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar o que por sí misma constituya una conducta que pueda destruir el grupo, en todo o parte, como tal. Por ello, la exclusión del artículo 5 de los actos espontáneos o aislados es también característica del genocidio”*¹⁴⁷.

En lo que hace a la generalidad del ataque, dicho autor señala que también *“es replicable al crimen de genocidio, pues el término generalizado exige que el ataque se lleve a cabo a gran escala contra un número representativo de personas atacadas (...), (lo cual) (...) siempre sucederá en el caso del genocidio”*¹⁴⁸. Y en cuanto a la existencia misma del ataque, indica que -definido tal como lo ha sido supra- se encuentra también ineludiblemente presente en el genocidio¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 383-384.

Para otros autores, la consideración de un elemento contextual en el delito de genocidio -equiparable al de los crímenes contra la humanidad-, se apoya sustancialmente en los Elementos de los crímenes, que constituyen “derecho aplicable”. Véase: Cristina Fernández-Pacheco Estrada, «A propósito de la resolución de los concursos en derecho penal internacional. Análisis crítico a la luz del Estatuto de Roma,» de Temas actuales de investigación en Ciencias Penales (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010), 158.

¹⁴⁷ TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstić, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001.

¹⁴⁸ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 386.

¹⁴⁹ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y

Valga reiterar que incluso esta posición -que incorpora el elemento contextual como inherente al delito de genocidio-, mantiene como nota distintiva del delito de lesa humanidad al elemento político, aspecto que desarrollaremos al examinar esta última figura¹⁵⁰.

b) Ahora bien, según anticipamos, la posición que niega la exigencia de cualquier tipo de elemento contextual en la figura de genocidio es mayoritaria no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc.

Así, para Werle por ejemplo, no es necesario que -en el plano objetivo- los hechos individuales o actos constitutivos de genocidio tengan lugar en el marco de un determinado hecho global, sino tan solo que -en el plano subjetivo- se procure la realización de ese hecho global -esto es, la destrucción total o parcial de determinados grupos-: *“en sentido objetivo, el genocidio no exige que el hecho individual se integre en un hecho global, aunque el ataque sistemático o de gran alcance contra un grupo sea la forma de aparición más usual de este delito”*¹⁵¹. Así, para dicho autor, el carácter internacional del crimen se vincula estrictamente al plano subjetivo: *“(e)sta intención de destruir da cuerpo al mismo tiempo al elemento sistemático del crimen de genocidio, que le otorga su dimensión internacional”*¹⁵².

Incluso, es a partir de dicho extremo que este autor diferencia este delito de los crímenes de lesa humanidad, precisamente al señalar que mientras en estos últimos se exige la existencia de un ataque general y sistemático contra la población civil, *“el crimen de genocidio tiene una estructura diferente, (a)quí el elemento internacional que caracteriza a los crímenes del derecho penal de gentes se ha trasladado al tipo subjetivo (...), en puridad de términos, también un único individuo que actúe con esta específica intención puede mediante un solo hecho cometer un delito de genocidio”*¹⁵³.

Y si bien toma nota de lo establecido por los Elementos de los Crímenes -y considera que ello ha traído confusión sobre este punto-, afirma que no puede exigirse que los extremos allí definidos (*el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida*

el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 386.

¹⁵⁰ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 391.

¹⁵¹ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 416, 437 y ss.

¹⁵² Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 416, 437 y ss.

¹⁵³ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 437.

contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción) sean abarcados por el tipo subjetivo (en tanto los Elementos no tienen entidad para “limitar el aspecto interno del hecho en contra del tenor literal del Estatuto y del derecho internacional consuetudinario”), y que si bien es necesaria su constatación objetiva, ellos no pueden sino “entenderse como requisitos procesales, que limitan la competencia de la Corte Penal Internacional a los casos concretos de genocidio en los que se haya llevado a cabo una ejecución real de una agresión sistemática”, pero de ningún modo delimitan un elemento contextual del crimen, por lo cual “la punibilidad material del genocidio queda intacta”¹⁵⁴.

Kai Ambos, por su parte, tras valorar positivamente que los Tribunales Ad Hoc hayan rechazado la exigencia “de un plan o de una política”, extremo que -según indica- “no es un ingrediente jurídico del crimen de genocidio y (...) solamente puede llegar a ser un factor importante para probar la intención especial”, concluye que, “(e)n consecuencia, los Elementos violan el Artículo 9(3) del Estatuto y por lo tanto, deben considerarse sin efecto”¹⁵⁵.

También la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales parece ir en el mismo sentido. Como anticipamos, en el propio caso Krstić antes citado, el criterio del TPIY fue posteriormente revertido por la Sala de Apelación, la que afirmó que el ataque generalizado o sistemático no forma parte de la definición de genocidio de la Convención de 1948 ni de la costumbre internacional, concluyendo que la definición adoptada por los Elementos de los Crímenes no refleja la costumbre internacional que existía al tiempo que Krstić cometió su crimen, posición que sería mayoritariamente seguida por la jurisprudencia posterior¹⁵⁶.

Como ya dijimos, la única decisión que parece ofrecer mayores dudas en torno a la exigibilidad o inexigibilidad de un elemento contextual por parte de la jurisprudencia internacional es la adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional en el caso Al Bashir antes citado¹⁵⁷, en tanto, según como se la interprete, podría considerarse que va en sentido contrario de lo hasta entonces establecido mayoritariamente por los Tribunales Ad Hoc. Sin embargo, la doctrina dominante que

¹⁵⁴ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 438-438.

¹⁵⁵ Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).

¹⁵⁶ TPIY, Prosecutor v. Radislav krstic, N° IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgement, 19 April 2004.

¹⁵⁷ CPI, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"), ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009, párr. 124.

ha examinado esa decisión continúa expidiéndose en sentido contrario a la presencia de un elemento de esa naturaleza en este tipo penal, o bien porque entienden que aquella sentencia no explicita una exigencia sustantiva propiamente dicha (ya sea porque sólo le reconocen el sentido de establecer un presupuesto jurisdiccional para la actuación de ese Tribunal¹⁵⁸, o porque le asignan algún otro tipo de sentido no modificadorio de su tipicidad¹⁵⁹), o bien porque incluso considerando que efectivamente constituyó una decisión favorable a aquella exigencia, se pronuncian de modo crítico hacia lo resuelto por el Tribunal -afirmando que introdujo equívocamente un elemento que el tipo penal no contiene-¹⁶⁰.

En suma, y aun cuando pudiere ser deseable que la jurisprudencia y la doctrine avancen progresivamente en el camino de la exigencia de un elemento contextual y/o político para el delito de genocidio, lo cierto es que, al menos en el estado actual de las cosas, ese posicionamiento continúa siendo minoritario, más allá de la relevancia probatoria que se le asigna a la constatación de un plan o política, conforme fue relevado precedentemente.

Por último, y retomando el alcance de las posiciones teóricas que niegan la exigencia de un elemento contextual en este delito, valga mencionar que, en su versión más

¹⁵⁸ Koursami, citado por Olasolo, Suárez y López, en: Héctor Olasolo, Daniela Suárez y María Paula López, «El principio nullum crimen sine iure y el elemento contextual del delito de genocidio,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 444.

¹⁵⁹ En tal sentido, por ejemplo, Kreß sostiene que el denominado elemento contextual del genocidio no debe ser entendido “como un elemento objetivo del crimen, sino “como un punto de referencia objetivo para la determinación de una auténtica intención genocida”. Véase: Héctor Olasolo, Daniela Suárez y María Paula López, «El principio nullum crimen sine iure y el elemento contextual del delito de genocidio,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 445.

¹⁶⁰ Este es, por ejemplo, el caso de Werle. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 439.

También Olasolo Suárez y López critican esta decisión, por entender que ha generado inseguridad jurídica en torno a las exigencias típicas del genocidio. En: Héctor Olasolo, Daniela Suárez y María Paula López, «El principio nullum crimen sine iure y el elemento contextual del delito de genocidio,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 425).

Finalmente, valga mencionar que, entre las posiciones críticas a dicho fallo, algunas se han enfocado en cuestionar incluso la equiparación primaria de la que parte el voto de la mayoría -esto es, que la “*pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo*” (a la que aluden los Elementos) pueda efectivamente emparentarse con *la amenaza real y concreta para la existencia del grupo perseguido* (que sería el extremo típico inherente al delito de genocidio, según el mismo fallo)-. Así, se ha sostenido, por ejemplo, que dicha pauta “*fue interpretada de forma extraña por la Mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares, pues de esa frase no se desprende con claridad la necesidad de un riesgo concreto y real (...). Esto se agrava si se considera que en el Estatuto no se reconoce un sistema de precedentes, lo cual significa que esta interpretación puede variar y modificar el alcance de esta disposición (...), (s)i hubiera un sistema de precedentes, por lo menos se tendría la seguridad de que esta interpretación no variará en el futuro*”. Véase: J. Dondé Matute, Tipos penales en el ámbito internacional (México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012), 157.

extrema, parte de ellas han llegado incluso admitir la posibilidad del *genocidio por un solo hombre*, toda vez que -partiendo de las premisas antes consignadas- bastaría con constatar, a la par de los actos individuales, el único elemento internacional que conformaría este crimen, constituido por la *intención de destruir*, de carácter estrictamente subjetivo. En tal sentido, por ejemplo, el TPIY señaló en el caso Jelisić que *“para establecer el elemento material del crimen de genocidio es a priori posible concebir que el acusado haya albergado el plan para exterminar un grupo entero sin que esta intención haya sido apoyada por una organización en la que participen otros individuos, (...) [por lo cual no se descarta] la posibilidad de un individuo solitario que busca la destrucción de un grupo como tal”*¹⁶¹.

Y si bien ello ha sido rechazado por otra parte de la doctrina -generalmente, en el entendimiento de que constituye una hipótesis de laboratorio, de imposible realización práctica, a la vez que expandiría peligrosamente el concepto-¹⁶², y aun cuando tampoco ha encontrado mayor acogida en la jurisprudencia -no tanto porque se haya negado su posibilidad normativa, sino porque, como antes indicamos, la existencia de un plan o política ha sido tomado, probatoriamente, como el indicador más claro de la existencia de la intención de destruir-¹⁶³, lo cierto es que dar cuenta de estas controversias resulta relevante al objeto de nuestra investigación, en tanto permite ponderar por un lado las tensiones en torno a la exigibilidad de un elemento contextual en esta figura y, por el otro, el carácter indubitable de esa exigencia en los crímenes contra la humanidad.

En otras palabras, aun cuando pudiere ser deseable la exigencia de elemento objetivos como definitorios del delito de genocidio, lo cierto es que, en el estado actual de las cosas, estos no son requeridos por el tipo penal, al menos para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, cuestión que deberá ser tomada en consideración al tomar posición sobre nuestro objeto de estudio.

¹⁶¹ TPIY, Prosecutor v. Goran Jelisić, N° IT-95-10-T, Trial Judgement, 14 December 1999, párr. 60; TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstić, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001, párr. 400.

¹⁶² Véase al respecto: Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2007), 168.

¹⁶³ Entre otros, puede verse: TPIY, Prosecutor v. Goran Jelisić, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001, párr. 48; TPIY, Prosecutor v. Goran Jelisić, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001, párr. 572.

3.1.2. Crímenes de lesa humanidad

Sin perjuicio de ciertos antecedentes a los que usualmente alude la doctrina al examinar el surgimiento de esta figura¹⁶⁴, la misma comenzaría a tener verdadera relevancia jurídico penal con posterioridad a la 2da guerra mundial, al ser recogida como delito por diversos instrumentos internacionales (junto a otros, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz).

En tal sentido, y sin necesidad de remontarnos a los orígenes de su desarrollo, basta aquí con recordar que aparece ya expresamente consignada en el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg¹⁶⁵.

Por su parte, el Estatuto de Roma, en su artículo 7, expresa lo siguiente:

1. A los efectos del presente Estatuto, 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 y con conocimiento de dicho ataque:

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

¹⁶⁴ Vgr. los preámbulos de los de los Convenios de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y 1907 -en los que se aludía a “leyes de humanidad”-; o ya la expresión *crímenes contra la humanidad* propiamente dicha, contenida en las declaraciones de Francia, Reino Unido y Rusia frente a los crímenes cometidos en Turquía contra la población armenia. En: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 463.

¹⁶⁵ Hicimos referencia a esta definición al abordar los lineamientos centrales de las posiciones que caracterizan como genocidio la experiencia criminal argentina (punto 3.1.1.2.1), en tanto, es precisamente en aquella, donde Feierstein encuentra el surgimiento conceptual de esta última figura, como una forma diferenciada de crímenes contra la humanidad.

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.

Conforme lo anticipado, abordaremos en lo que sigue aquellos extremos referidos al desarrollo y al contenido de este crimen que entendemos resultan de particular relevancia para el objeto de nuestra investigación.

Con relación al desarrollo, analizaremos en primer término si los cambios que expresa su evolución histórica pueden o no tener incidencia en el proceso de juzgamiento que atraviesa nuestro país. Posteriormente, daremos cuenta del modo en que dicho desarrollo supone su anclaje en la costumbre internacional, extremo relevante, como es sabido, para la consideración de esa figura en el caso argentino, a partir del fallo Simón¹⁶⁶.

En lo que hace a su contenido, y por las razones que luego explicitaremos, omitiremos profundizar sobre los diversos actos punibles (o *hechos individuales*) y nos concentraremos en el denominado *hecho global*¹⁶⁷ -conformado por el elemento contextual y, según cual sea la posición que se adopte, por el elemento político-. Formularemos, a la vez, algunas consideraciones en torno a la cuestión referida al carácter discriminatorio o indiscriminado del ataque.

3.1.2.1. Los cambios experimentados por esta figura y su impacto en el caso argentino

Resulta pertinente determinar si las modificaciones que esta figura ha sufrido, desde el momento en que fue contemplada el Estatuto de Nuremberg y hasta su delimitación definitiva en el Estatuto de Roma, tienen o no entidad para condicionar su consideración

¹⁶⁶ CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005

¹⁶⁷ *Hecho global* y *hechos individuales* corresponden a la terminología utilizada por Werle. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

en el proceso de juzgamiento de los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar de nuestro país.

Ello en tanto existen posiciones teóricas que, a partir de la constatación de los cambios operados en su desarrollo histórico, consideran que constituye un tipo penal *volátil*, que en algunas oportunidades habría sido flexibilizado *ex post facto* -a efectos de permitir la sanción de conductas que, de otro modo, no habrían sido abarcadas por él-, mientras que en otras habría sido restringido a efectos de limitar su ámbito de punibilidad. Bajo tales premisas, estos posicionamientos propician, en su desmedro, la utilización de la figura de genocidio, que se ha mantenido incólume desde sus primeras definiciones.

Sin embargo, no advertimos que se trate de cuestiones que tengan verdadera incidencia para el caso argentino.

Previo a todo, valga tomar nota de los cambios más significativos que este tipo penal ha experimentado, a cuyos efectos puede seguirse la enumeración elaborada por Alfredo Liñán, quien -con el propósito de fundar su posición crítica hacia este tipo penal- releva cada una de tales transformaciones, a saber¹⁶⁸:

- la supresión en la Ley N° 10 -emitida por el Consejo de Control Aliado para Alemania poco tiempo después de la publicación del Estatuto de Nuremberg- del vínculo que aquel Estatuto establecía entre los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra o los crímenes contra la paz;
- la ampliación de los actos típicos en esa misma norma -en tanto dicha Ley agregó la detención, la violación y la tortura-;
- la afirmación -también en esa ley- de que la enumeración de conductas no se limitaba a las allí enunciadas;
- la desaparición de la referencia a la “*población civil*” en el Estatuto de Tokio, como también la ausencia -en ese instrumento- de la motivación religiosa en la persecución (que sí aparecía en el Estatuto de Nuremberg);
- la desaparición de la referencia a la guerra en los *Principios de Nuremberg*¹⁶⁹ (mientras que el Estatuto de ese Tribunal, como se indicó, circunscribía los actos a aquellos perpetrados antes o durante aquella);

¹⁶⁸ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 374-383)

¹⁶⁹ La referencia es a los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. Véase: Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Presentados la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950 (en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1950, Volumen II, Documentos de la 2da Sesión incluyendo el reporte

- la exigencia de que su comisión tenga lugar durante un conflicto armado (de carácter internacional o interno) que aparece recogida por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia o la ausencia, en ese mismo instrumento, de la exigencia de un ataque general o sistemático como elemento contextual;
- la reaparición de tales características de contexto y la desaparición de la referencia al conflicto armado en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como también la inclusión -en ese mismo instrumento- de una motivación del ataque con base en la nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso.

Pues bien, en torno a tales cuestiones, corresponde en primer lugar señalar que, en términos generales, coincidimos con aquellos autores que entienden que, en realidad, y contrariamente a lo postulado por Liñán, muchos de tales cambios no operaron sobre la delimitación del tipo penal, sino que se vincularon con cuestiones jurisdiccionales derivadas del Estatuto o norma respectiva que los recogía¹⁷⁰. En segundo lugar, y en lo que aquí resulta de mayor relevancia, lo cierto es que a los efectos de nuestra investigación no es necesario siquiera ingresar en una refutación amplia y detallada de aquel criterio crítico, por las razones que seguidamente examinaremos.

En efecto, de la enumeración precedente surge un primer grupo de cuestiones cuya irrelevancia para los hechos que nos ocupan se torna evidente. Así, corresponde descartar la incidencia de aquellos extremos que, aun en la hipótesis de compartirse que constituyen verdaderas modificaciones ampliatorias del tipo penal, serían irrelevantes en el proceso de juzgamiento argentino, en tanto -por encontrarse en nuestro caso acreditados los presupuestos fácticos que tales modificaciones habrían

de la Comisión a la Asamblea General, A/CN. 4/SER.A/1950/Add. 1, Publicación de Naciones Unidas, Nueva York 1957).

¹⁷⁰ Así, por ejemplo, Werle, al referirse a las divergencias existentes en la regulación establecida, respectivamente, por los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, señala que *“las diferencias existentes no responden a una inseguridad sobre el ámbito del tipo delictivo, sino que derivan de la estrecha relación de cada estatuto con su contexto (...), (a)sí, cuando el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su art. 5 exige la comisión del hecho «durante un conflicto armado, interno o internacional», sólo busca destacar la conexión espacio-temporal con la guerra de Yugoslavia (...), El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda exige, no sólo respecto a la persecución, sino en relación con todas las acciones típicas, que se hayan realizado atendiendo a «razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas». Tampoco debe extraerse de aquí un elemento restrictivo del tipo, sino que nos encontramos ante una limitación de la competencia del Tribunal a los crímenes contra la humanidad en la forma en la que se cometieron en Ruanda”*. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

Por su parte, la jurisprudencia mayoritaria (algunos de cuyos precedentes se relevan en este mismo apartado), se ha pronunciado en el mismo sentido, al referir que tales diferencias se vinculan con aspectos jurisdiccionales propios del Tribunal al cual determinado instrumento se vincula, y no con cuestiones dirimentes del tipo penal.

intentado *flexibilizar* (al decir de Liñán)-, no existiría -ni existe- necesidad de recurrir a ellas para permitir el juzgamiento de las conductas que nos ocupan.

Así, por poner un ejemplo, no tiene impacto para nosotros si el Estatuto del Tribunal de Tokio omitió aludir a la población civil -con el objetivo de poder juzgar, según el autor citado, aquellos crímenes cometidos en contra de personal militar-, toda vez que, en el caso de nuestro país, claramente, no se trata de un extremo que deba ser sorteado para recurrir a dicha figura. Lo mismo pasa con la ausencia de la exigencia del ataque general y sistemático como elemento contextual en el TPIY, en tanto -como es evidente- en nuestro caso tampoco ofrece ninguna dificultad la constatación de ese contexto. En otras palabras, no se precisa, en el proceso de juzgamiento argentino, recurrir a una figura “flexibilizada” en los términos referidos, en tanto el tipo penal más estricto -que sí contemplaba aquellos extremos como necesarios (la población civil como destinataria y el ataque general y sistemático como elemento contextual)- se encuentra indiscutidamente satisfecho por los hechos perpetrados en nuestro país.

A la vez, si aludimos a la incorporación de un mayor detalle de los actos típicos en determinados instrumentos (vgr. la consideración de la violación o la tortura en la Ley Nº 10 antes referida) tampoco tiene mayor relevancia. Y es que, tal como indicamos al examinar esta misma cuestión en torno al delito de genocidio, no sólo la jurisprudencia de nuestro país ha recurrido a una suerte de doble subsunción al considerar estas figuras, que implica acudir a ellas como categorías jurídicas generales -de las que se extraen ciertas consecuencias, como la imprescriptibilidad-, pero no como tipos penales propiamente dichos (por lo que la enumeración de los actos particulares que consagran los instrumentos internacionales no tiene mayor relevancia en nuestro caso), sino porque además tampoco resulta determinante para analizar las distinciones entre ambas, en razón de que, si se pretenden categorizar a los hechos perpetrados en nuestro país bajo algunos de los actos particulares de uno y otro delito, podrá advertirse que el paralelismo existente entre ellos permitiría dicha operación con relación a ambos (vgr. la matanza en el genocidio y el homicidio o asesinato en los crímenes de lesa humanidad, o la lesión grave a la integridad física o mental en el caso del genocidio y los actos inhumanos que causen grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental en el caso de los crímenes de lesa humanidad, etc.)¹⁷¹.

Pero además, incluso si se considerase que, para invocar válidamente dicha figura, resulta necesario constatar un paralelismo o equivalencia entre los actos particulares de tales instrumentos internacionales y los delitos del código penal, pues esa exigencia se

¹⁷¹ Valga aquí remitirnos al desarrollo y referencias que se consignaron al examinar esta cuestión en torno al delito de genocidio.

encontraría igualmente satisfecha, no sólo porque desde su formulación inicial en el Estatuto de Nuremberg fue consagrada la cláusula que permite considerar en las acciones punibles *otros actos inhumanos* (expresión que se mantuvo hasta en el propio Estatuto de Roma y en la cual pueden ingresar cada uno de los delitos del código penal argentino que se tomar en consideraciones en los procesos penales en curso), sino porque además la ampliación de actos particulares -incorporando a la violación o la tortura- tuvo lugar mucho antes de la comisión de los hechos que nos ocupan (en la Ley N° 10, como se dijo), con lo cual la punibilidad del caso argentino puede apoyarse naturalmente en aquellos, sin objeción alguna desde el plano de la legalidad.

Razonamientos similares caben para ciertas transformaciones que, contrariamente a las anteriores, podrían considerarse restrictivas -y no ampliatorias- del tipo penal, y que, sin embargo, tampoco serían dirimentes en el caso que nos ocupa en tanto, aun en la hipótesis de que se los considerare verdaderos cambios que restringen la punibilidad (y no cuestiones estrictamente jurisdiccionales), lo cierto es que el caso argentino cumplimentaría incluso esos elementos adicionales del tipo.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con la motivación discriminatoria -como exigencia del ataque- que fuera incorporada por el Estatuto para Tribunal de Ruanda, motivación que, como es evidente, se encontraría de todos modos acreditada en el caso de nuestro país -sin perjuicio de ello, valga recordar que la jurisprudencia ha descartado, de todos modos, que se trate de un elemento del tipo¹⁷², e incluso ha desaparecido como exigencia en el Estatuto de Roma¹⁷³-. En otras palabras, aun cuando se pretendiere que tales exigencias pudieren ser ineludibles para aplicar dicha figura en nuestro país, ello tampoco ofrecería ningún tipo de dificultad.

¹⁷² En tal sentido, la jurisprudencia del propio Tribunal para Ruanda (cuyo Estatuto, como se indicó, contenía expresamente esta exigencia), estableció que no se trataba de un elemento del tipo, sino que constituía una limitación jurisdiccional establecida por el Estatuto para el Tribunal. Véase: TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, N° ICTR-96-4-A, Appeals Chamber Judgement, 1 June 2001, párr. 464 y ss.

Como se dijo, ello es incluso relevado no sólo por el propio Liñán, sino también por otros autores. Véanse: Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 374-383; y Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 467.

Pero además, y sin perjuicio de cierta jurisprudencia inicial del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, la jurisprudencia internacional mayoritaria es conteste en señalar que el hecho global no precisa de una motivación discriminatoria, ni de ningún otro elemento subjetivo distinto del dolo. Volveremos sobre este punto al analizar las controversias sobre el carácter discriminatorio o indiscriminado del ataque.

¹⁷³ Sin perjuicio de ello, este tratado preserva, como uno de los actos punibles, el crimen de persecución, que ineludiblemente deberá dirigirse contra determinados grupos. Sin embargo, como es evidente, ella es solo una de las posibles formas de comisión de crímenes contra la humanidad -por lo cual, las demás, pueden perpetrarse sin ningún tipo de motivación discriminadora, en tanto dicha motivación no integra el elemento contextual, según ya se indicó-.

Finalmente, y en lo que hace a las restantes modificaciones que han sido relevadas, baste con señalar que recaen sobre elementos que, conforme la jurisprudencia internacional, no integran el tipo penal, con lo cual tampoco pueden tener impacto alguno en torno a la consideración de esa figura en nuestro país. Este es el caso de la vinculación de este tipo penal con los conflictos armados, con los crímenes de guerra o los crímenes contra la paz, en tanto se ha sostenido con claridad que no se está frente a una fluctuación de un elemento del tipo, sino frente a un extremo que guarda relación, en realidad, con la delimitación de la competencia de los Tribunales en cuyos Estatutos fue considerada aquella exigencia. Y es que, aun cuando la figura de crímenes contra la humanidad efectivamente surgió al amparo de aquel vínculo, se ha establecido uniformemente que ya al momento del juicio de Nuremberg este crimen se había autonomizado.

Así, y conforme ya anticipamos, no sólo debe atenderse a que, por ejemplo, ya la Ley N° 10 del Consejo del Consejo de control suprimía de su definición cualquier vínculo con un conflicto bélico¹⁷⁴, sino que incluso la previsión de dicho nexo en el propio Estatuto de Nuremberg -como así también en el Estatuto de la TPIY- ha sido conceptualizado por la jurisprudencia como un límite jurisdiccional de aquellos Tribunales -que sólo podrían intervenir en la medida en que dichos crímenes se vincularen con los conflictos armados que, respectivamente, habían generado su creación-, pero no como un elemento del tipo penal.

Aún más, y tal como lo releva incluso el propio Liñán¹⁷⁵, la jurisprudencia internacional ha sido clara sobre este punto. Así, ya desde el caso Tadic, la Corte de Apelación, frente a un planteo expreso de la defensa sobre este aspecto (que invocaba la necesidad de dicho nexo con un conflicto bélico *en pos* de sostener que en su caso, por habérselo desconocido, se había vulnerado el principio de legalidad), señaló que la expresión referida a la comisión de los delitos *en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno* debía ser exclusivamente considerada como un elemento *jurisdiccional* establecido para el funcionamiento de un Tribunal que había sido creado en torno a un conflicto bélico, en tanto en la costumbre internacional no existía un

¹⁷⁴ Y si bien, como señala Werle, los Tribunales militares de Estados Unidos interpretaron mayoritariamente la Ley N° 10 antes referida tomando como base el Estatuto de Nuremberg y, por lo tanto, no consideraron crímenes que hubieren sido perpetrados fuera del período de la guerra, lo cierto es que -por el contrario- la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Zona Ocupada Británica sí incluyó entre los crímenes actos no relacionados con el conflicto bélico. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 464.

¹⁷⁵ Alfredo Liñán, «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019).

requerimiento para que los crímenes contra la humanidad debieran estar conectados a un conflicto de esa naturaleza¹⁷⁶. Este criterio ha sido sostenido uniformemente por la jurisprudencia internacional, dejándose establecido que no constituye un elemento material del tipo¹⁷⁷.

En definitiva, podemos concluir que los cambios operados con respecto a la figura de crímenes de lesa humanidad no impiden, en modo alguno, que aquella sea válidamente considerada en el marco del proceso de juzgamiento que atraviesa nuestro país. Sin perjuicio de ello, volveremos sobre esta cuestión al tomar posición sobre los problemas planteados por nuestro objeto de estudio, a efectos de definir si, aún en la hipótesis de considerarse acertadas las críticas referidas a su pretendida mutabilidad, ellas constituirían un fundamento válido para propiciar en su remplazo la calificación de genocidio (como postula parte de la doctrina) o si, por el contrario, el camino correcto sería el de procurar, en todo caso, dotar a aquella figura de una mayor estabilidad, mediante interpretaciones que contengan cualquier inflación penal en torno a ella.

3.1.2.2. El valor normativo de los crímenes de lesa humanidad en el plano de la costumbre internacional y su recepción en el derecho nacional.

A los efectos de esta investigación, es relevante consignar el valor normativo que esta figura tiene -y ha tenido- en el plano del derecho penal internacional, con independencia de su recepción expresa en los instrumentos internacionales que la recogen.

Ello en tanto, como es sabido, la jurisprudencia nacional que ha receptado esta calificación en el proceso de juzgamiento de nuestro país lo ha hecho, esencialmente, a partir de su reconocimiento como parte de la costumbre internacional, en la cual ha fundado también la imprescriptibilidad. Pero además, algunas defensas continúan, aún hoy, cuestionando el desarrollo jurisprudencial que ha avalado el valor normativo de esta figura y procurando la revisión de aquellos criterios¹⁷⁸, lo que refuerza la importancia de dirimir esta cuestión.

¹⁷⁶ TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", Case N° IT-94-1, Decision on the defense motion for Interlocutory appeal on jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995.

¹⁷⁷ Entre otros: TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999.; TPIY, Prosecutor v. Goran Jelusic, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001.; TPIY, Prosecutor v. Radislav krstic, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001.

¹⁷⁸ Sólo por poner un ejemplo, este planteo fue esgrimido tanto por la defensa oficial como por las defensas particulares en el denominado *juicio a los jueces* en la Provincia de Mendoza, que involucraba como acusados a integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad, como también a cuatro ex magistrados federales. El planteo fue contestado por la fiscalía y posteriormente rechazado por el Tribunal Oral Federal.

Y por sobre todo, otra razón que denota su relevancia para nuestra investigación, radica en que algunas posiciones que propician la utilización de la figura de genocidio en desmedro de la de crímenes de lesa humanidad, han referido que aquella tendría -a diferencia de esta- un mayor valor normativo en nuestro derecho nacional por encontrarse recogida en un tratado ya vigente en nuestro país al momento de perpetrarse los crímenes que aquí nos ocupan¹⁷⁹, afirmación que debe ser también contrastada a efectos de determinar si resulta o no acertada .

En torno a la primera de estas cuestiones, no es preciso relevar aquí el razonamiento mediante el cual los Tribunales Nacionales han derivado, de la costumbre internacional, la imprescriptibilidad de este delito. El criterio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de diversos precedentes -tales como “Priebke”, “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”¹⁸⁰-, y es suficientemente conocido. Baste simplemente con recordar que, sin perjuicio de las premisas establecidas en los dos primeros fallos mencionados, fue en el caso Simón donde la Corte analizó estrictamente esta cuestión en orden a la persecución de los crímenes de lesa humanidad perpetrados en nuestro país durante la última dictadura militar. En lo que aquí nos ocupa, la estructura argumental planteada por el Tribunal en ese fallo podría ser sintetizada del siguiente modo: atento a la interpretación armónica que debe formularse en torno a las diversas normas de la Constitución Nacional, y toda vez que en su artículo 118 alude al Derecho de Gentes, no habrá infracción alguna al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 si puede constatarse que en aquel ámbito normativo efectivamente existía una regla de imprescriptibilidad al momento de su comisión. Seguidamente, y tras verificar la existencia de aquella costumbre, la Corte concluye que los delitos de lesa humanidad perpetrados en nuestro país ya eran imprescriptibles cuando fueron consumados¹⁸¹.

Véase: TOF N° 1 de Mendoza, autos 076-M y Ac., caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter CP”, sentencia N° 1718, fundamentos de 20 de septiembre de 2017.

¹⁷⁹ La referencia es a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 260 A (III), de fecha 9 de diciembre de 1948 (en vigor, conforme lo establecido por su artículo XIII, desde el 12 de enero de 1951), y a la que nuestro país adhirió mediante Decreto Ley N° 6.286, en fecha 9 de abril de 1956.

¹⁸⁰ Respectivamente: CSJN. Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94. Fallos: 318:2148. 02 de noviembre de 1995; CSJN. Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-. Fallos: 327:3312. 24 de agosto de 2004; CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005; CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

¹⁸¹ CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005.

El razonamiento en torno a la relación que -a este respecto- debe establecerse entre los art. 18 y 118 de la Constitución Nacional había sido ya anticipado en trámites de extradición: no sólo en los casos Priebke y Arancibia Clavel, ya citados, sino incluso antes en el caso Schwammberger, resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata -el desarrollo teórico respectivo puede verse, concretamente en el voto del juez

Ahora bien, en contra de estos postulados, se han argüido dos argumentos centrales: que la costumbre no puede ser fuente del derecho penal (infra punto **a**); que además, y pese a lo afirmado por la CSJN en los precedentes supra señalados, no existía una costumbre que estableciera la imprescriptibilidad de estos delitos para la época en que tuvieron lugar los hechos que nos ocupan (infra punto **b**). A partir de ello, se ha postulado que el desarrollo de la Corte Suprema sobre este punto infringe el principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional¹⁸².

Sobra señalar que no se trata de planteos novedosos, sino de la reiteración de postulados que incluso, en lo sustancial, fueron precisamente los analizados por la propia CSJN en los fallos antes citados. Sin perjuicio de ello, valga formular algunas consideraciones al respecto.

a) Con relación al primero de los cuestionamientos, sea cual sea el plano desde el cual se lo aborde, la cuestión es suficientemente clara.

Desde el punto de vista del derecho internacional (**a.1**), basta con señalar lo evidente: en ese orden jurídico la costumbre (como también los principios generales del Derecho y los tratados internacionales, por supuesto) constituye una fuente primaria, tal como lo señala el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia –que codificó el desarrollo normativo respectivo-, con lo cual, claramente, puede fundarse en ella una regla de imprescriptibilidad. La cuestión es aún más sencilla cuando, tal como ocurre con la costumbre que aquí nos ocupa -esto es, la que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad-, esta ha sido considerada en el más alto rango normativo posible: es decir, como norma de *ius cogens*, tal como luego explicitaremos.

A la vez, resulta claro que el principio de legalidad internacional debe ser interpretado en el marco del orden jurídico en el que se lo analiza, con lo cual es la existencia de una norma en ese plano -y no en el orden jurídico interno- lo que resultará definitorio para

Leopoldo Schiffrin (aunque la referencia allí es al entonces art. 102 de la CN, actual art. 118). Y si bien la Corte Suprema, al conocer en este último caso, no ingresaría directamente en la cuestión (en tanto resolvería el asunto a través de otros argumentos), sí lo haría tiempo después en los precedentes antes referidos. Véase: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, expediente N° 9275 caratulado: "SCHWAMMBERGER, Josef s/extradición", 30 de agosto de 1989.

A mayor abundamiento, puede verse también: Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los Derechos Humanos* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1999), 422-451)

¹⁸² Tanto esta reseña sobre los argumentos invocados en contra de los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno al tema, como también el desarrollo subsiguiente -que procura dar respuesta a aquellos cuestionamientos-, se basan, sustancialmente, en el análisis plasmado en una publicación previa de nuestra autoría que, entre cuestiones, aborda lo referido a la imprescriptibilidad de este delito. Véase: Daniel E. Rodríguez Infante, «Las víctimas, familiares y organismos de derechos humanos en el proceso de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad: la proyección de estos procesos y su potencial transformador,» de *Nosotrxs cuando decimos... el cuerpo y la palabra en los juicios por delitos de lesa humanidad* (Mendoza, EDIUNC, 2018), 111-118.

analizar si el mismo se encuentra o no vulnerado. En otras palabras, para satisfacer el pleno respeto de dicho principio, bastará con que al momento de llevarse a cabo determinada conducta criminal abarcada por el Derecho Internacional, se encuentre vigente en ese ámbito una regla de imprescriptibilidad, la cual -por lo demás- podrá fundarse claramente en la costumbre-¹⁸³.

¹⁸³ Sin perjuicio de esta tesis, con la que coincidimos, valga mencionar que existen otras posiciones que incluso prescindieren de la consideración de una costumbre para fundar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Si bien no desarrollaremos estas últimas, baste al menos con referir que es el caso, por ejemplo, de quienes no consideran que la prescripción esté abarcada por el principio de legalidad (y por lo tanto, no encuentran objeciones a que se aplique retroactivamente dicho instituto), como también de quienes -aun admitiendo que sí puede integrar ese principio en el ámbito doméstico- entienden que ello no rige en el plano internacional.

En tal sentido se han pronunciado, por ejemplo, Martín Abregú y Ariel Dulitsky, al afirmar que en el Derecho Penal Internacional el principio de legalidad no tiene el mismo alcance que en el derecho doméstico: *“es ridículo exigirle al Derecho Penal Internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. Kelsen resalta la diferencia con suma claridad: «el Derecho Internacional General no prohíbe —como lo hacen algunas legislaciones locales— la promulgación de normas con fuerza retroactiva»*”. Incluso, trasladando ese análisis a nuestro país, señalan que esta regla de retroactividad en este ámbito específico del Derecho Penal Internacional es, también, una costumbre y que incluso ha sido recogida por diversos tratados (lo cual no le quita, aclaran, su carácter de costumbre “reconocida” por esos instrumentos). Indican que —precisamente por ello- y al amparo del art. 118 de la Constitución Nacional, esta particular fisonomía del principio de legalidad del derecho penal internacional tiene raigambre constitucional en nuestro país: *“existe en el ámbito del Derecho Internacional una regla por la que la prohibición de normas ex post facto no le es aplicable a este Derecho, como consecuencia de sus cualidades específicas. Esa costumbre internacional ha sido recogida por algunos tratados internacionales, lo que obviamente no le quita calidad de disposición consuetudinaria, debido a que el Derecho Internacional admite la pluralidad de fuentes de crímenes de lesa humanidad, en virtud de la remisión al Derecho de Gentes operada por el art. 118 (...) “el art. 118 establece una remisión expresa al Derecho Internacional en materia de delitos o crímenes contra el Derecho de Gentes. Por ende, en estos supuestos, el Derecho Penal Internacional ingresa a nuestro Derecho Interno con todas las cualidades y consecuencias (restricción del principio de legalidad, imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad”*. Véase: Martín Abregú y Ariel Dulitsky, «Las leyes “ex post facto” y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno (artículo),» Buenos Aires (1994).

Podría pensarse que un criterio similar parece surgir de lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos en ocasión de analizar la situación argentina cuando aún se encontraban vigentes las leyes de obediencia debida y punto final, oportunidad en la cual dicho Organismo señaló que *“las graves violaciones de los derechos civiles y políticos durante el régimen militar deben ser perseguibles durante el tiempo que sea necesario, retrotrayendo la aplicabilidad de esta persecución tan atrás en el tiempo como sea necesario para llevar a sus perpetradores ante la justicia”*. Véase: Comité de Derechos Humanos, Consideraciones al reporte remitido por los Estados parte bajo el artículo 40 del Convenio – Argentina. CCPR/CO/70/ARG, 15 de noviembre de 2000. Sin embargo, dicha expresión podría ser también interpretada en el sentido que delimitaremos en el párrafo subsiguiente.

Y es que, valga explicitarlo, la posición propiciada por Abregú y Dulitsky no debe ser confundida con la adoptada por la jurisprudencia argentina mayoritaria que, aun cuando pueda conducir a soluciones similares en algunos casos, parte de presupuestos teóricos sustancialmente distintos. Y es que la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos citados (con la cual, como dijimos, coincidimos), a diferencia de lo postulado por los referidos autores, sí considera que el principio de legalidad abarca, incluso en el ámbito internacional, las regulaciones referidas a la prescripción o imprescriptibilidad de determinada conducta -por lo cual, una regla de imprescriptibilidad no podría aplicarse retroactivamente-. No obstante, refuta los razonamientos que pretenden sustentar una infracción a dicho principio, no porque considere que las reglas referidas a la imprescriptibilidad no lo integran, sino porque reconoce la particular fisonomía que este exhibe en el ámbito internacional, dejando en claro que, en este plano, dicho principio se satisface con una norma proveniente de cualquiera de las fuentes admitidas en ese orden jurídico, incluida la costumbre.

Trasladada esta premisa al tema que nos ocupa, ello implica que el principio de legalidad está garantizado en la medida en que, aún en ausencia de una previsión nacional, la imprescriptibilidad pueda apoyarse en una norma consuetudinaria. En otras palabras, para esta posición, que entendemos es la que se ajusta al texto de los propios tratados internacionales, no habrá en esa hipótesis aplicación retroactiva de una regla

En el plano normativo nacional (**a.2**), la cuestión es igualmente clara, no sólo por la expresa remisión que el art. 118 de la Constitución formula al *derecho de gentes* (infra punto i), sino además por el alcance y contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados en nuestro orden jurídico con jerarquía constitucional (infra punto ii).

i) Con relación a lo establecido por el art. 118, valga recordar que dicha norma -al delimitar la competencia territorial para los juicios criminales- señala que se celebrarán *“en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”*. En otras palabras, es la propia Constitución la que admite la posibilidad de juzgar delitos contra el derecho de gentes, y claramente tales delitos estarán definidos en su alcance y consecuencias por el orden jurídico al que pertenecen -el internacional-.

Con relación a esto, se ha cuestionado que la citada norma se refiere sólo a aquellos crímenes cometidos fuera del territorio nacional¹⁸⁴. Sin embargo, es evidente que dicha expresión no obedece a que los delitos contra el derecho de gentes puedan ser sólo cometidos fuera del territorio, sino que en ese supuesto la Constitución procuraba aclarar cuál sería el Tribunal competente (aclaración que resulta innecesaria cuando se cometen dentro del territorio nacional, en tanto aplican las reglas regulares sobre competencia). También, se ha sostenido que la referencia al derecho de gentes está limitada al contenido que aquel concepto tenía al momento de adoptarse del texto constituyente -procurando así circunscribirlo, por ejemplo, a la piratería y la trata de esclavos-¹⁸⁵, sin embargo ello supone desconocer el carácter evolutivo que por definición tiene el derecho de gentes (por lo demás, y como es obvio, si el constituyente hubiera pretendido *crystalizar* determinado contenido del derecho de gentes, así lo habría hecho expresamente).

ii) Por su parte, el análisis de la cuestión desde la perspectiva de los tratados internacionales fortalece aún más el razonamiento antes desarrollado. Por tal motivo, resultan desacertados algunos planteos defensistas que han procurado apoyarse nada

de imprescriptibilidad, en la medida en que aquella encuentre anclaje, cuanto menos, en la costumbre internacional vigente al momento de los hechos.

¹⁸⁴ Sólo a título de ejemplo, pueden citarse los planteos de las defensas en el denominado juicio a los ex magistrados federales, ya citado. TOF N° 1 de Mendoza, autos 076-M y Ac., caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter CP”, sentencia N° 1718, fundamentos de 20 de septiembre de 2017.

¹⁸⁵ Este planteo puede verse también en el ya citado juicio a los jueces. TOF N° 1 de Mendoza, autos 076-M y Ac., caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter CP”, sentencia N° 1718, fundamentos de 20 de septiembre de 2017.

menos que en estos tratados para sustentar una pretendida infracción al principio de legalidad que ellos consagran¹⁸⁶, en tanto, al así hacerlo, soslayan el propio alcance y fisonomía que esa garantía exhibe en el orden jurídico internacional.

Y es que, naturalmente, los tratados internacionales delimitan el principio de legalidad en función del propio ordenamiento normativo en el que se insertan. Por ello, como ya indicamos, no hay infracción alguna a dicho principio si una conducta abarcada por el derecho internacional se encuentra incriminada en ese ámbito, aún cuando no lo estuviere en el derecho doméstico.

Incluso, así lo afirma expresamente el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al señalar que *“nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional”*. Similar fórmula contiene el art. 7 de la Convención Europea, explicitando incluso que dicha norma no impide *“el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”*.

En similar sentido lo establece el art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, tratado cuyo proceso de incorporación a nuestro ordenamiento nacional merece, en este punto, algunas consideraciones adicionales. Este instrumento fue firmado por Argentina mucho antes de la época de los hechos (19 de febrero de 1968), pero no sería aprobado por el Congreso sino hasta el 8 de agosto de 1986. Ahora bien, como es sabido, el sólo hecho de haberlo suscripto impone la obligación de no ejecutar acción alguna que pueda contravenir su objeto y fin¹⁸⁷. Claramente, y en lo que hace al punto que aquí nos ocupa, resulta evidente que parte del objeto del referido tratado supone integrar al principio de legalidad no sólo las normas nacionales sino también las internacionales, conforme expresamente lo establece.

Por ello, si bien no desconocemos que nuestro país hizo una *declaración* referida al apartado segundo de dicha norma, señalando que aquella debía sujetarse al art. 18 de la Constitución Nacional (LEY N° 23.313), es evidente que dicha declaración no puede ser interpretada de modo tal que modifique el alcance del principio de legalidad internacional que el propio tratado consagra y que, como señalamos, hace a su objeto y fin. En otras palabras, no puede pretenderse, con base en esa declaración, que una conducta internacional, debidamente incriminada por ese orden jurídico, no pueda ser

¹⁸⁶ TOF N° 1 de Mendoza, autos 076-M y Ac., caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter CP”, sentencia N° 1718, fundamentos de 20 de septiembre de 2017.

¹⁸⁷ Véase al respecto el artículo 18 inc. a de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

perseguida sobre la base de que no se encuentra tipificada en el plano doméstico. Por lo demás, a lo ya dicho pueden sumarse las siguientes consideraciones:

1. Se trata de una *declaración* y no de una reserva: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas -máximo intérprete del referido pacto- ha establecido la diferencia entre una y otra, al señalar que *“si una declaración, independientemente de cómo se designe, tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de un tratado en su aplicación al Estado, constituye una reserva[i]. Por el contrario, si una llamada reserva se limita a exponer la manera en que un Estado interpreta una disposición, pero no excluye ni modifica dicha disposición en su aplicación a ese Estado, no se trata en realidad de una reserva”*¹⁸⁸. Como ya vimos, la fórmula argentina no pretende excluir la aplicación de esa norma, sino simplemente señalar que se debe ajustar al art. 18 de la C N -y por eso es técnicamente una declaración y no una reserva-. Se trata de una manifestación sobre el modo en que el Congreso entendió que debía interpretarse esa norma –esto es, en compatibilidad con el art. 18 de la CN. De hecho, habla de “sujetar” y no de “inaplicar” aquella previsión –siendo esto último lo que debió decirse si no se pretendía dejar margen alguno para su ingreso-;.
2. Pero además, si otro hubiera sido el sentido, ello resultaría contradictorio con el resto del ordenamiento interno (tanto con el art. 118 de la CN, como con los demás tratados internacionales) y tampoco se explicaría por qué no se formuló *reserva* al art. 9 de la CADH, como veremos seguidamente. Claramente, ello no se hizo porque no hay objeciones constitucionales para esta integración del derecho internacional al principio de legalidad cuando se está en el ámbito de incidencia de aquel orden jurídico;
3. Por último, más allá de cual fuera la voluntad que pretenda atribuirse al legislador al momento de formular esa declaración, y aún en la hipótesis de máxima –esto es, que se entendiera que se trata de una reserva que supone “inaplicar” ese párrafo del art. 15 limitándolo a la existencia de una “ley nacional” anterior al hecho- está claro que, si ese fuera el caso, dicha reserva sería manifiestamente inválida conforme al principio del Derecho Internacional que indica que las reservas no pueden contradecir el objeto y fin de un tratado, tal como antes indicamos. Así lo establece la Convención de Viena (art. 19, en particular su

¹⁸⁸ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).

inciso c) e incluso el propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que ha sido igualmente enfático en los límites que tienen las reservas al remitirse expresamente al art. 19 inc. c de la Citada Convención de Viena y referir que *“un Estado podrá hacer una reserva siempre que no sea incompatible con el objeto y fin del tratado”*. Incluso, al referirse específicamente a reservas que impactan sobre normas del pacto que no hacen más que recoger “costumbres” –y, como indicamos, la posibilidad de incriminar conductas con base en el derecho internacional encuadra precisamente en ese supuesto- señala que *“[a]unque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse inter se la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas”*¹⁸⁹.

Finalmente, y en lo que hace al art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no contiene –como los demás- una referencia expresa al Derecho Internacional o a los principios generales -en tanto indica que *“nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”*-, es igualmente claro que su fórmula supone idéntica previsión en cuanto al modo de delimitar el principio de legalidad. En efecto, esa frase debe ser interpretada en consonancia con lo señalado por los artículos equivalentes de los demás instrumentos internacionales. Es que, evidentemente, la Convención Americana no buscó apartarse de tales precedentes, sino que, por el contrario, entendió que la fórmula allí asentada comprendía aquellas previsiones. En tal sentido, es el propio presidente de la Comisión Redactora de aquella Convención quien lo dejó expresamente asentado al señalar que eran innecesarias aquellas fórmulas porque la expresión *“derecho aplicable”* comprendía tanto el derecho nacional como internacional¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).

¹⁹⁰ Agustín Gordillo, Gregorio Flax, Adelina Loianno, Guillermo A. Gordo, Marcelo López Alfonsín, Marcelo Ferreira, Carlos E. Tambussi y Alejandro Rondanini, Derechos Humanos (Sexta Edición ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007), XIII-23.

Ahora bien, si el principio de legalidad así definido se satisface cuando la conducta está incriminada *al menos* en el ámbito internacional -aun cuando no lo esté en el orden jurídico interno-, y si a la vez, en ese ámbito, la costumbre es una fuente primaria de derecho, pues es claro que al analizar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad lo definitorio es verificar si, al menos en el plano internacional, existe o no una regla en tal sentido al momento de perpetrarse los hechos que constituyen el objeto de nuestra investigación. Y precisamente por ello, tales instrumentos, lejos de servir como sustento para aducir una vulneración de aquella garantía, dejan en claro que, en el caso de los hechos que nos ocupan, ninguna infracción de tal naturaleza puede ser argüida.

Valga mencionar que la jurisprudencia internacional ha resuelto, bajo ese razonamiento, situaciones de mucha mayor complejidad que la que exhibe la experiencia argentina, aceptando incluso la posibilidad de punir, a partir de figuras penales definidas en el plano internacional, conductas que no estaban expresamente incriminadas por determinadas legislaciones penales domésticas. Y si bien advertimos que ello supone matices que exigirían un análisis más exhaustivo (que no emprenderemos aquí, en tanto, como se ha dicho, no es lo que ocurre en el caso argentino¹⁹¹), lo que está claro es que -si el principio de legalidad tolera aquella hipótesis de máxima- ninguna dificultad puede ofrecer lo relativo al instituto de la prescripción -lo cual por lo demás, ha sido también específicamente convalidado por profusa jurisprudencia internacional-.

En otras palabras, ningún cuestionamiento puede ser admisible cuando, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, no se está siquiera frente a una hipótesis de incriminación - a partir del derecho internacional- de conductas no consideradas delictivas por determinado orden interno, sino frente a la posibilidad de perseguir penalmente -pese al transcurso del tiempo- conductas que, al momento de los hechos, sí se encontraban tipificadas por el propio código penal doméstico (y, por supuesto, también por el derecho internacional). Así, si la imprescriptibilidad estaba prevista por el Derecho Internacional, no hay aplicación retroactiva alguna, en tanto para el principio de legalidad internacional basta con aquella previsión.

Como dijimos, es profusa la jurisprudencia internacional que convalida estas premisas. Valga a modo de ejemplo lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en

También en: Thomas. Antkowiak y G. Patricia Uribe Granados, «Artículo 9 - Principio de legalidad y de retroactividad,» de *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario* (Segunda Edición ed., C. Steiner y M. Fuchs, Edits., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 325.

¹⁹¹ Toda vez que, como indicamos, las conductas son calificadas bajo los tipos penales recogidos para entonces en el Código Penal.

el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia¹⁹². Allí se planteaba el escenario de máxima al que hemos hecho referencia, no ya limitado a la prescripción sino incluso a la posibilidad de punir conductas incriminadas en forma exclusiva por el derecho internacional. En efecto, quienes habían sido condenados –bajo esas premisas- en el ámbito nacional, no sólo cuestionaban ante el referido Tribunal Internacional que se había aplicado retroactivamente la imprescriptibilidad, sino que incluso denunciaban la aplicación retroactiva de figuras penales¹⁹³. Al abordar ese caso al amparo del art. 7 del CEDH, el referido Tribunal Internacional analizó si tanto la criminalización sustantiva como la imprescriptibilidad se encontraban o no enmarcadas en los *principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas* (terminología del art. 7 del CEDH). Precisamente, bajo la premisa de que sí lo estaba, concluyó que no se verificaba vulneración al principio de legalidad. Expresamente señaló: “*el Tribunal reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”. Valga enfatizar que ello no solo suponía afirmar la imprescriptibilidad frente a la ausencia de cualquier normativa nacional vigente a la época de los hechos –como en el caso argentino- sino además incriminar conductas que el código penal de la época no incriminaba.

En similar sentido se pronuncian otros múltiples precedentes, que reconocen en la costumbre o en los principios generales del derecho una fuente suficiente para la persecución penal -y, a partir de allí, advierten que no se verifica ninguna infracción al principio de legalidad, en la medida en que ello constituye una norma vigente en el derecho internacional al momento de comisión de los hechos respectivos-.

Así ocurrió en el caso de Paul Touvier, integrante de las milicias colaboracionistas con el nazismo en Francia- (decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 13

¹⁹² TEDH, Kolk y Kislyiy v. Estonia, N° 23052/04 y 24018/04, Decisión del 17 de enero del 2006.

¹⁹³ Se les atribuía la deportación de población civil desde la ocupada República de Estonia a zonas lejanas de la Unión Soviética, conducta que –según señalaban en su defensa- estaba basada en actos de la Unión Soviética con valor legal para la época de los hechos. Sostenían que, además, tampoco se había analizado si la deportación era un crimen de lesa humanidad conforme el derecho internacional y el derecho interno al momento de los hechos. Por su parte, el Tribunal nacional, en un razonamiento similar a los de los antecedentes argentinos, había considerado que tales conductas estaban incriminadas a la época de los hechos por el derecho internacional, en tanto existían principios del derecho internacional que así lo establecían, e incluso afirmó que los Estatutos del Tribunal de Nuremberg y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consagraban normas de derecho internacional consuetudinario que eran vinculantes, independientemente de si un Estado en particular había suscripto o no determinado tratado. Sin embargo, a diferencia del caso argentino, a partir de tales premisas el Tribunal de Estonia aplicó normas del Código penal que no existían a la época de su comisión.

de enero de 1997)¹⁹⁴; en el de Maurice Papon, ex secretario general de la Prefectura de Gironde y posteriormente ministro francés (TEDH, 15 de noviembre de 2001)¹⁹⁵; en denominado caso de las ejecuciones del muro de Berlín (TEDH, 22 de marzo de 2001)¹⁹⁶ y en el caso Kononov contra Letonia (TEDH, 17 de mayo de 2010)¹⁹⁷ -y si bien este último se refiere a crímenes de guerra, resulta aquí relevante en cuanto nuevamente reconoce a la costumbre y a los principios generales del Derecho como fuente de incriminación penal-¹⁹⁸.

Por su parte, el Tribunal para la Ex Yugoslavia fundó la aplicabilidad de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el derecho internacional consuetudinario y en la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de cometer tal crimen en el caso “Jelusic”¹⁹⁹. También podrían mencionarse los casos Akayesu²⁰⁰ o Kayishema y Ruzindana²⁰¹, resueltos por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, entre muchos otros.

A su vez, en el ámbito de la Corte Interamericana, también se aborda expresamente este punto en el caso Almonacid Arellano contra Chile (sentencia de 26 de septiembre de 2006)²⁰².

Incluso, la cuestión ya había sido así analizada por el Tribunal de Núremberg. Allí, más allá de los matices, se cuestionó también que el Estatuto resultaba violatorio del principio de legalidad por su aplicación alegadamente retroactiva, frente a lo cual dicho Tribunal

¹⁹⁴ Comisión Europea de DDHH, Paul Touvier v. Francia, N° 29420/95, 13 de enero de 1997.

¹⁹⁵ TEDH, Papon v. Francia, No. 54210/00, 15 de noviembre de 2001.

¹⁹⁶ TEDH, Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania, N° 34044/96, 35532/97 y 44801/98, 22 de marzo de 2001.

¹⁹⁷ El caso gira en torno a la responsabilidad de un militar soviético (originalmente de nacionalidad letona y posteriormente nacionalizado ruso), condenado en Letonia por la masacre cometida en Mazie Bati el 27 de mayo de 1944, cuando dirigía a un grupo de soldados soviéticos. TEDH, Kononov v. Letonia, N° 36376/04, 17 de mayo de 2010.

¹⁹⁸ Incluso, esto fue específicamente cuestionado por los peticionarios, que aducían se había infringido en perjuicio de Kononov el art. 7 de la Convención Europea, al igual que en el caso Kolk y Kislyiy antes citado. Como en aquel, también en este caso la justicia nacional -esta vez la de Letonia- había considerado normas del Código Penal entradas en vigencia mucho tiempo después de la comisión de los hechos. El planteo fue rechazado por la Gran Sala del Tribunal Europeo (que anuló lo resuelto anteriormente por la “sala pequeña” que sí había encontrado violaciones a la referida norma). Concretamente, consideró que aún si los delitos en cuestión no figuraran en ningún código, de haber sido juzgado a la época de su comisión, los tribunales hubieran debido referenciarse en la costumbre internacional, no sólo para incriminar la conducta sino también para inhabilitar cualquier plazo de prescripción –en tanto, para esa costumbre, no era posible que tales delitos prescribieran-. Véase: TEDH, Kononov v. Letonia, N° 36376/04, 17 de mayo de 2010.

¹⁹⁹ TPIY, Prosecutor v. Goran Jelusic, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001.

²⁰⁰ TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 495.

²⁰¹ TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-95-I-T a, Trial Judgement, 21 May 1999.

²⁰² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

confirmó que el valor de la costumbre como fuente del derecho internacional -y concretamente, de persecución penal de ciertos crímenes-, estableciendo que, precisamente por ello, no había retroactividad alguna: *“la carta no es un ejercicio arbitrario del poder por parte de las naciones victoriosas, sino que, en opinión del Tribunal, tal como se demostrará, es la expresión de la ley internacional existente al momento de su creación”*²⁰³. En el mismo orden de ideas, rechazó los argumentos dirigidos a cuestionar la aplicación de la Cuarta Convención de la Haya –de 1907-, esgrimidos porque Alemania no era parte en esa convención, en tanto se consideró que sus disposiciones habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas ya en 1939 (como vemos, razonamiento equivalente al que aquí nos ocupa).

A su vez, en el caso Alstötter (vinculado con el accionar de quienes integraban la agencia judicial), el Tribunal señaló que *“el derecho internacional no es producto de una ley, por el simple hecho de que todavía no hay una autoridad mundial con la capacidad de establecer leyes de aplicación universal. Sería absurdo sugerir que la regla ex post facto, como es conocida por los Estados constitucionales, podría ser aplicada a un tratado, a una costumbre, o a una decisión del common law de un tribunal internacional, o a la aquiescencia internacional que sigue a tal evento”*²⁰⁴

En definitiva, y conforme lo hasta aquí establecido, el art. 18 debe ser interpretado en consonancia con el art. 118 de la CN y con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que la integran y, por lo tanto, resulta incuestionable la posibilidad de encontrar en la costumbre o en los principios generales del derecho la fuente de la imprescriptibilidad. Y si esa imprescriptibilidad estaba prevista en tales fuentes, no puede hablarse de retroactividad.

Es en el sentido de lo hasta aquí desarrollado que se pronunció la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar que *“no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del ius cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan, sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al*

²⁰³ International Military Tribunal (Nüremberg), Judgement, 1 October 1946, part. 22 pág. 444. En: <https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/> (Último acceso: 25 de marzo de 2022),.

²⁰⁴ International Military Tribunal (Nüremberg), United States of America v. Alstötter et al. ("The Justice Case"), Judgement, 4 December 1947. En: https://www.academia.edu/38703288/United_States_of_America_v_Alst%C3%B6tter_et_al_The_Justice_Case_3_T_W_C_1_1948_6_L_R_T_W_C_1_1948_14_Ann_Dig_278_1948_OPINION_AND_JUDGMENT (Último acceso: 25 de marzo de 2022), pág. 975.

*orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad*²⁰⁵.

b) Aclarado lo anterior, corresponde avanzar sobre el segundo de los cuestionamientos que han sido expresados en torno a esta cuestión, que podría definirse del siguiente modo: aun cuando la costumbre pudiere ser fuente suficiente de una regla de imprescriptibilidad, no existía tal costumbre a la época de los hechos que aquí nos ocupan y, por lo tanto, se estaría de todos modos ante la aplicación retroactiva de esa previsión²⁰⁶.

Nuevamente estamos ante una reedición de cuestiones ya resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes antes referidos. No pasa inadvertido que, incluso, coinciden sustancialmente con aquellas consideraciones esgrimidas en el voto minoritario del entonces ministro Fayt en el fallo *Simón*²⁰⁷.

Ingresando en el análisis sustantivo de este planteo, son múltiples los argumentos que corroboran la vigencia de una norma de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad a la época en que estos delitos fueron perpetrados en nuestro país.

En primer lugar, cabe tomar nota de que múltiples resoluciones de Naciones Unidas vinculadas con crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra -previas a los hechos que nos ocupan- no previeron jamás ninguna limitación temporal. Así, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946; la Resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966; y las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966.

La enumeración de estas resoluciones es, a su vez, recogida por el propio Preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (de noviembre de 1968), como expresión de que no existía limitación temporal para la persecución penal de este tipo de crímenes.

Esto mismo fue valorado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Arancibia Clavel* y también lo hace, en similar sentido, el Tribunal Europeo de Derechos

²⁰⁵ CSJN. *Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros* -causa N° 259-. Fallos: 327:3312. 24 de agosto de 2004.

²⁰⁶ Planteo que, según se dijo, y al igual que los anteriores, fue esgrimido -por ejemplo- en la ya citada causa: *TOF N° 1 de Mendoza, autos 076-M y Ac., caratulados "Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter CP"*, sentencia N° 1718, fundamentos de 20 de septiembre de 2017.

²⁰⁷ CSJN. *Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc.* -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005.

Humanos en caso Kononov antes citado –en este último caso, refiriéndose a los crímenes de guerra (consideraciones que, evidentemente, aplican también a los crímenes de lesa humanidad), deja también en claro que el hecho de que una multiplicidad de tratados y declaraciones referidas al tema no hayan establecido jamás un límite temporal para su punición da cuenta de que tales delitos fueron considerados desde antaño imprescriptibles²⁰⁸.

A su vez, la ya citada Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad reconoce la preexistencia de una costumbre, al afirmar en su preámbulo “*que es necesario y oportuno afirmar el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal*”. Precisamente el verbo “*afirmar*” reemplazó al verbo “*enunciar*” que contenía el proyecto original²⁰⁹.

Justamente por tener origen consuetudinario es que la recepción convencional de la imprescriptibilidad parece expresar una vocación retroactiva que, en realidad, es solo aparente en tanto existe una fuente de derecho internacional a la cual se está reconociendo con esa previsión. Es precisamente ello lo que expresa el art. 1 de la citada Convención sobre imprescriptibilidad cuando declara a estos delitos imprescriptibles “*cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos*”. En similar sentido, también expresan esta vocación de aparente retroactividad -en lo relativo a la imprescriptibilidad- los Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad²¹⁰.

Detrás de estas posiciones está la idea de que la imprescriptibilidad es inherente a la naturaleza de estos crímenes, y por lo tanto no puede depender en modo alguno de la época de su comisión. Es por eso que las convenciones no hacen más que reconocerla. Así surge, por ejemplo, de lo afirmado por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, al referirse a la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, señalando que: “*esta convención es de “carácter simplemente declarativo. Las infracciones a que se refiere,*

²⁰⁸ TEDH, Kononov v. Letonia, N° 36376/04, 17 de mayo de 2010.

²⁰⁹ CSJN. Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94. Fallos: 318:2148. 02 de noviembre de 1995. Dicho caso invoca, en este punto, los Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967.

²¹⁰ CSJN. Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94. Fallos: 318:2148. 02 de noviembre de 1995. Dicho caso invoca, en este punto, la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, del 3 de diciembre de 1973.

*al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*²¹¹.

A mayor abundamiento, es profusa la jurisprudencia internacional que corrobora la existencia de una costumbre internacional vinculada con la imprescriptibilidad de estos delitos²¹².

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto, resulta claro que en el caso argentino no se está frente a ninguna aplicación retroactiva de la ley penal, sino ante la interpretación armónica y correcta del principio de legalidad, en función del contenido y alcance de las demás normas en juego²¹³. Por idéntica razón, resulta desacertado afirmar, como lo

²¹¹ Relator Especial de la Comisión de Derechos Internacionales. Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad - Cuarto Informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, realizado por el Relator Especial (Sr. Doudou Thiam); documento de la Organización de las Naciones Unidas A/CN.4/398, 11 de marzo de 1986, párr. 172.

²¹² Por poner algunos ejemplos, el TEDH, en el ya citado caso Kolk y Kislyiy v. Estonia señala escalonadamente diversas cuestiones. En primer término, indica que el propio Tribunal de Núremberg no hizo más que recoger principios del derecho internacional que luego serían confirmados por otros instrumentos internacionales -“*si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje (...) la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional (...), como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial*”. Seguidamente, y ya ingresando específicamente al ámbito de la imprescriptibilidad, señala que no hay infracción al principio de legalidad (consagrado en el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), precisamente porque “*la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue recogida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg*”, para luego agregar que “*el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios*”. Véase: TEDH, Kolk y Kislyiy v. Estonia, N° 23052/04 y 24018/04, 17 de enero del 2006.

En similar sentido, se expresan otros antecedentes, tales como los Papón y Kononov del TEDH, el caso Touvier de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el fallo Almonacid Arellano de la Corte Interamericana, entre otros. En este último, la Corte IDH señaló expresamente que la costumbre referida a la imprescriptibilidad de tales crímenes preexistía a la Convención sobre Imprescriptibilidad y que esa costumbre era, incluso, una norma de *ius cogens* -“(....) en este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, (...) (a)ún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”-. Véanse: TEDH, Papon contra Francia, No. 54210/00, 15 de noviembre de 2001; TEDH, Kononov v. Letonia, N° 36376/04, 17 de mayo de 2010; Comisión Europea de DDHH, Paul Touvier v. Francia, N° 29420/95, 13 de enero de 1997; Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

²¹³ Por tal motivo, y a partir de todo lo hasta aquí desarrollado, no encontramos fundadas las críticas formuladas -por ejemplo- por Elena Maculán, quien entiende que la construcción hasta aquí reseñada supone una “*vulneración del principio de legalidad en su dimensión de irretroactividad, al menos si mantenemos el concepto estricto que de este principio recoge el sistema constitucional y penal argentino*”. Véase: Elena Maculán, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 280.

hacen ciertas posiciones, que la figura de genocidio tendría un anclaje normativo más sólido en nuestro ordenamiento jurídico por el sólo hecho de estar recogida en un tratado internacional del cual nuestro Estado era parte al momento de la comisión de los hechos, toda vez que, como hemos señalado, la costumbre es, al igual que los tratados, una fuente normativa absolutamente incuestionable para el caso que nos ocupa.

3.1.2.3. *El elemento contextual*

Aclarados los aspectos anteriores, ingresaremos en el análisis de aquellos extremos vinculados con el contenido de esta figura que entendemos resultan particularmente relevantes al objeto de nuestra investigación. Como dijimos, y por las razones oportunamente consignadas, no formularemos mayores consideraciones sobre los actos en particular, sino que nos concentraremos en el denominado hecho global.

Al respecto, es claro que este tipo penal exige, como elemento de contexto, la existencia de un ataque general o sistemático contra la población civil.

En el Estatuto de Roma, el *ataque* fue definido en el propio artículo 7, cuyo párrafo 2do lo delimita como “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil (...)*”.

En este mismo sentido se había pronunciado previamente la jurisprudencia internacional²¹⁴. Kai ambos, al analizar el ataque -no sólo en el ámbito de su definición en el referido Estatuto, sino en su anclaje general a la luz de su desarrollo en el Derecho Penal Internacional- expresa, coincidentemente, que la jurisprudencia lo ha definido como la *comisión múltiple* de los actos recogidos por el art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia o por el art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, lo cual descarta actos aislados y fortuitos²¹⁵.

Por lo demás, y siempre refiriéndonos al concepto del “ataque” en sí -y sin perjuicio de los demás elementos que lo condicionan y que luego examinaremos-, dicho autor señala que su forma de comisión tolera la perpetración tanto por varios autores como por sólo uno, y que la multiplicidad de actos puede materializarse en una o varias ocasiones. En

Y es que, pese que ella misma releva lo establecido por el art. 118 de la CN, parece no reparar dicha autora en que, precisamente sobre la base de la apertura que dicha norma plantea, y en razón de las demás consideraciones expuestas supra, no existe infracción alguna al principio legalidad.

²¹⁴ Entre otros TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, N° IT-96-23-A, Appeals Chamber Judgement, 12 June 2002, párr. 90; TPIR, TPIR, *Prosecutor v. Nahimana et al. (Media case)*, N° ICTR-99-52-A, Appeals Chamber Judgement, 28 November 2007, párr. 918.

²¹⁵ Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de *Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional* (Bogotá, Ibañez, 2004).

tal sentido, señala que “*si un escuadrón de la muerte mata a los miembros de la oposición política durante un tiempo prolongado, sus miembros perpetran múltiples asesinatos con diversos actos en diferentes momentos, (d)e igual modo (...), aunque un autor arroje una bomba a una multitud o envenene el agua potable de una aldea y asesine a muchas personas mediante un único acto, los múltiples asesinatos constituyen una “comisión múltiple de actos”, (a)simismo si un grupo terrorista estrella su avión en un edificio civil y con ello causa la muerte de varias personas, sus miembros cometen múltiples asesinatos con un solo acto*”²¹⁶.

Ahora bien, como indicamos, un ataque que reúna tales características no satisface aún el elemento de contexto, en tanto existen otros extremos que lo condicionan.

Por un lado, aquel deberá ser *general* (criterio cuantitativo, vinculado con la cantidad víctimas)²¹⁷, o *sistemático* (criterio cualitativo, referido a la naturaleza organizada de los actos de violencia o bien, según cual sea la posición que se adopte, a la existencia de un *plan* o *política*, conforme detallaremos seguidamente), aceptándose mayoritariamente que basta con la verificación, alternativamente, de uno u otro de tales caracteres²¹⁸.

En lo que hace al carácter sistemático, y tal como anticipamos, se han presentado posiciones encontradas, entre aquellas que postulan que dicho término supone la constatación de un plan o política²¹⁹, y aquellas que expresan que una exigencia de esa naturaleza no está prevista en el tipo penal y por lo tanto que aquel concepto debe circunscribirse a la necesidad de verificar simplemente la *naturaleza organizada* de los

²¹⁶ Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).

²¹⁷ Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004). En el mismo sentido: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 477.

También la jurisprudencia internacional ha seguido este criterio. Entre otros: en el ámbito del TPIY, los casos Tadić (7 de mayo de 1997, párr. 648), Kunarac (12 de junio de 2002, párr. 94); Blaškić (29 de julio de 2004, párr. 101); o el caso Akayesu por parte del TPIR (2 de septiembre de 1998, párr. 580). En el ámbito de la CPI, por ejemplo, el caso Katanga y Ngudjolo Chui (30 de septiembre de 2008, párr. 395). Véanse: TPIY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, N° IT-96-23-A, Appeals Chamber Judgement, 12 June 2002; TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, N° IT-95-14-A, Appeals Chamber Judgement, 29 July 2004; TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997; TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008.

²¹⁸ En este sentido, debe tomarse en cuenta no sólo que el Estatuto de Roma recogió expresamente la alternatividad de ambos requisitos, sino que este había sido también el criterio de la jurisprudencia internacional respectiva. En tal sentido, y entre otros, puede verse: TPIY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, N° IT-96-23-A, Appeals Chamber Judgement, 12 June 2002, párr. 93; TPIR, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, N° ICTR-01-64-T, Trial Judgement, 17 June 2004, párr. 299.

²¹⁹ Kai Ambos, «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional,» Revista General de Derecho Penal – 17 (2012), 7.

actos de violencia, con el sólo objeto de excluir actos fortuitos -lo cual se expresaría frecuentemente como *un patrón de conducta*, en el sentido de excluir la repetición accidental de delitos²²⁰. Desarrollaremos esta cuestión en el apartado subsiguiente.

3.1.2.4. *El elemento político*

Las controversias a las que acabamos de aludir, referidas a la incidencia que puede o no reconocerse a una determinada política en la delimitación conceptual de la *sistematicidad* del ataque (lo que Werle denomina *elemento político del ataque sistemático*²²¹), guardan cierta relación con aquellas que se presentan, no ya en el ámbito interpretativo del requisito de *sistematicidad*, sino en torno al denominado *elemento político* de los crímenes de lesa humanidad en sí mismo (*policy element*). Este último, como veremos, no se limita al carácter sistemático del ataque, sino que abarca al ataque en sí, en cualquiera de sus dos variables (sistemático o general), y usualmente es definido con base en su vinculación con la acción o tolerancia de un Estado o de una organización²²² (las características de esa organización dependerán, justamente, de cuál sea la concepción que se tenga sobre este elemento político)-.

En el Estatuto de Roma fue recogido en el segundo párrafo del art. 7, cuyo inciso a), tras definir el ataque como una línea de conducta que implica la comisión múltiple de los actos mencionados en el párrafo 1 contra la población civil (según ya indicamos), establece que dicho ataque debe ser perpetrado “*de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”.

En cuanto a la relevancia de esta cuestión, baste con advertir que la posición que al respecto se adopte impactará directamente en la determinación del tipo de actores que pueden perpetrar delitos de lesa humanidad y del tipo de ataques necesarios para hacerlo.

²²⁰ Esta es, por ejemplo, la posición de Werle, quien señala críticamente que la jurisprudencia inicial de los tribunales internacionales vinculaba el requisito de sistematicidad con la existencia de una determinada política o de un plan, extremo que -a su criterio- fue luego acertadamente descartado (a partir del caso Kunarac, sentencia del 12 de junio de 2002) en favor de una definición estrictamente limitada a conceptualizar, bajo ese término, la naturaleza organizada de los actos. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 478.

²²¹ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 481.

²²² Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).

A fines expositivos clasificaremos tales posiciones en dos grandes grupos contrapuestos: aquel que considera que el elemento político no constituye un elemento del tipo penal (1), y aquel que postula que efectivamente lo integra (2).

1) A la vez, en el primero de los grupos corresponde formular diversas distinciones:

- **1.a)** Por un lado, aquellas posiciones que no lo consideran un elemento del tipo en razón de que circunscriben su incidencia a la delimitación del contenido del carácter sistemático del ataque (por lo tanto, la existencia de una *política* es sólo una de las dos posibilidades de perpetración del crimen). Como puede advertirse, y según anticipamos, ello supone equiparar ambos planos del elemento político. En otras palabras, si el ataque es exclusivamente generalizado, pues no será necesario ningún tipo política o elemento político -cualquiera sea la concepción que se tenga de ello-, con lo cual -en esas hipótesis- la calificación de una determinada conducta como crimen de lesa humanidad podría asentarse en un criterio estrictamente cuantitativo;
- **1.b)** Por otro lado, también entre las tesis que le niegan al elemento político incidencia en la configuración del tipo, podemos posicionar la de Werle, quien si bien parece reconocer –al menos a partir de lo postulado por el 2do párrafo del art. 7 del Estatuto de Roma- que efectivamente se trata de un concepto que abarcaría a todo el ataque en sí, expresa que en realidad no se vincula con una política o plan, sino solamente con un patrón de conducta o con la naturaleza organizada de las acciones²²³. En suma, dicho autor traslada al elemento político de los crímenes de lesa humanidad su visión restrictiva del *elemento político del ataque sistemático*, lo que implica –en definitiva- despojarlo del carácter político tradicionalmente referido a la acción o tolerancia de un Estado o poder equiparable. Como puede advertirse, en este caso, aun cuando se reconoce una exigencia cualitativa en ambas variables de ataque (general o sistemático), esta es muy diferente al elemento político tal como lo concibe otra parte de la doctrina (a la que nos referiremos en el segundo grupo);
- **1.c)** Por último, siempre dentro de este grupo, se encuentran aquellas posiciones que consideran que el elemento político no es más que un indicio para probar cualquiera de los únicos dos componentes que reconocen en el ataque: la sistematicidad o la generalidad. En otras palabras, para estas posiciones, el

²²³ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 477 y ss.

elemento político tampoco constituye un requisito del tipo, sino un mero indicio para probar aquellos que sí lo son.

La inexigibilidad del elemento político que caracteriza a cualquiera de las posiciones reseñadas, para las cuales, más allá de sus matices, sólo debe acreditarse que el ataque contra la población civil sea general o sistemático, supone aceptar que cualquier organización con capacidad para perpetrar ataques de tales características podría cometer este tipo de crímenes. Algunas de las críticas que se han formulado en torno a estas posturas, a las que seguidamente nos referiremos, señalan que la negación del elemento político tiene particular relevancia cuando se está frente a ataques generales y no sistemáticos (en tanto entienden que en un ataque sistemático, siempre estará implícito el elemento político)²²⁴, sin embargo, desde nuestro punto de vista, la no exigibilidad del elemento político, al menos en su concepción más restringida, puede también tener impacto frente a ataques sistemáticos, en tanto –tal como vimos- hay posiciones (como la de Werle) que ni siquiera en un ataque de esas características exigen la acción o tolerancia de una organización, sino tan solo la demostración de que el ataque no es fortuito o casual.

2) Ahora bien, el segundo grupo, al que adscribimos, abarca –como dijimos- aquellas posiciones para las cuales el elemento político resulta indispensable para la configuración de este delito. Valga reiterar que nos referimos específicamente a aquellas que consideran que dicho extremo condiciona al ataque en sí (las que deben distinguirse, según dijimos, de aquellas que sólo reconocen a la política en el marco del carácter estrictamente *sistemático*).

En este sentido, Kai Ambos ha señalado que el elemento político “*es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los*

²²⁴ Así, se ha señalado, por ejemplo, que “*mientras que el elemento político ya es parte de la definición del término “sistemático”, éste no es el caso del concepto “generalizado”. De acuerdo con la definición propuesta en líneas anteriores, “generalizado” sólo precisa una gran cantidad de víctimas. Una pauta tan puramente cuantitativa no proporcionaría una delimitación exacta entre los crímenes ordinarios nacionales y los internacionales. De hecho, pondría en un pie de igualdad los crímenes comunes y los que atentan contra la humanidad, con lo que se eliminaría el elemento internacional que establece la diferencia entre ambos. Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por ésta. Para interpretar la polémica formulación del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario recurrir al enfoque acumulativo, sino sólo concebirlo como una expresión de la necesidad (generalmente reconocida) del elemento político, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los crímenes contra la humanidad”. Véase: Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).*

*hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad*²²⁵

La doctrina que apoya esta premisa no desconoce que la jurisprudencia ha sido ecléctica sobre este punto, e incluso señala críticamente que –sin perjuicio de que inicialmente se reconocía el elemento político como integrante del tipo- el desarrollo posterior parece ir en sentido contrario. En otras palabras, aquellos precedentes que celebran las posiciones que aquí hemos conceptualizado en el primer grupo²²⁶, son claramente cuestionados por la doctrina que postula que dicho elemento político no puede ser soslayado. Kai Ambos, por ejemplo, tras relevar que *“el elemento de la política se ha desarrollado a partir del ya mencionado requisito de un vínculo a un Estado o una autoridad no estatal y como tal puede ser encontrado en la jurisprudencia post Segunda Guerra Mundial y en los Proyectos de Códigos de la Comisión de Derecho Internacional”*, toma nota críticamente de los criterios sostenidos con posterioridad por los Tribunales Ad Hoc, para señalar que *“(a)unque la jurisprudencia del TPIY y el TPIR ha negado en varias ocasiones que este elemento sea requerido por el derecho consuetudinario internacional, su inclusión explícita en el art. 7 (2) lo confirma*²²⁷.

Ahora bien, dentro de este grupo, que reconoce al elemento político como integrante del tipo, pueden distinguirse dos posiciones principales:

- **2.a)** Una más rígida, que sostiene que el elemento político implica que el ataque debe ser perpetrado por Estados o, en función de lo establecido en el párrafo 2° del art. 7 antes citado, por organizaciones a las que se exigen determinadas características que, en definitiva, las tornan equiparables a un Estado o a un grupo bélico (vgr. los tradicionales requisitos de control territorial, etc.)²²⁸.
- **2.b)** Y otras más flexibles, como es por ejemplo la sostenida por Jesús Pérez Caballero, quien, si bien postula que no existen fundamentos para exigir un nexo

²²⁵ Kai Ambos, «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional,» de Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional (Bogotá, Ibañez, 2004).

²²⁶ Werle, con cita a diversos precedentes, expresa al respecto que *“los Tribunales ad hoc han señalado con claridad que la política no es un elemento autónomo en la definición del crimen ni tampoco es necesario para probar la existencia de un ataque sistemático”*. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 479.

²²⁷ Kai Ambos, «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional,» Revista General de Derecho Penal – 17 (2012), 9.

²²⁸ Kai ambos –citando a Bassiouni y Schabas- postula que “el elemento de contexto ha ido cambiando a lo largo de su historia, pero siempre ha llegado a ser requerido algún tipo de contexto, por medio de un vínculo a una autoridad o poder, ya sea un Estado, organización o grupo; a pesar de ello, la referencia a “la política de una organización” realizada en el art. 7 (2), deja claro que la disposición también se aplica a los actores no estatales, (e)stos actores deben estar en condiciones de actuar como un Estado, es decir, deben poseer una capacidad similar en organización y fuerza”. Véase: Kai Ambos, «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional,» Revista General de Derecho Penal – 17 (2012), 7.

estatal o bélico (lo cual habilita *prima facie* ampliar la punibilidad a organizaciones que no reúnen las condiciones clásicas -control territorial, etc.-), afirma, al mismo tiempo que -en tanto el elemento político supone aún exigir la consideración de un determinado rol del Estado- debe requerirse al menos lo que denomina “colapso estatal”, situación que -en definitiva- permitiría transferir a determinados tipo de organizaciones, sólo en tales escenarios, el elemento político exigido por la figura²²⁹. Dicho autor señala que, aun cuando ello supone disminuir las exigencias para que una organización pueda cometer crímenes de lesa humanidad -y por lo tanto dicha posibilidad no se limita, exclusivamente, a aquellas equiparables a Estados (*State like*) o a ejércitos (*military like*)- traduce aún un nivel de contención del tipo que impediría que actos cometidos por organizaciones terroristas o una serie de asesinatos promovidos por una organización criminal particularmente violenta puedan considerarse en el marco de esta figura.

Como puede advertirse, en cualquiera de las dos variables (de este segundo grupo), la consideración del elemento político como requisito del tipo impacta sobre la delimitación de los actores y de los ataques que se consideran susceptibles de ser calificados como crímenes de lesa humanidad. En tal sentido, por ejemplo, incluso la posición que aquí señalamos como menos rígida niega que las acciones de organizaciones terroristas puedan ser consideradas bajo esta figura. Por el contrario, las posiciones a las que aludimos en el primer grupo, al despojar a los crímenes de lesa humanidad del elemento político, amplían su punibilidad a los actos cometidos por ese tipo de organizaciones.

²²⁹ “(E)l colapso sustancial de un Estado es una situación de incapacidad de las instituciones que parte del tronco cualitativo del colapso total. Los términos colapso estatal total y sustancial captan situaciones intermedias con una gravedad material, antes de que una autoridad recupere el poder o se imponga una nueva (...), (l)a cuestión, según se describe en este estudio, no es la manera en que se organiza un colectivo de personas, sino el efecto que tienen en el Estado y su capacidad, por ejemplo, para provocar su colapso sustancial y llevar a cabo un ataque generalizado contra la población civil”, para más adelante concluir que: “En cambio, la revalorización del elemento político en el art. 7.2 a) ECPI supone que el Estado sigue siendo la categoría desde la que analizar estos crímenes, pero debe sopesarse no sólo la conducta activa de la entidad con más poder en el territorio analizado, sino también su misión deliberada de actuar e incluso su incapacidad. Así entendido, el policy element requiere sopesar la incapacidad del Estado provocada o mantenida por un determinado tipo de organización. Si los vínculos bélico o estatal eran las opciones manejadas para resaltar el elemento que hacía que un determinado crimen pasara a la categoría de internacional, este estudio plantea que el elemento político puede aglutinar lo que subyace en la preocupación de las posiciones doctrinales más estrictas sobre la interpretación de las características de la organización. Se logra así un dique que evite, por ejemplo, la aplicación de los crímenes de lesa humanidad a organizaciones terroristas o insurgentes que no son la máxima autoridad sobre el territorio ni afectan al Estado de una manera crítica, es decir, al margen de acciones puntuales”. Véase: Jesús Pérez Caballero, «La revalorización del elemento político en el art. 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal – Una propuesta de interpretación del concepto de organización en los crímenes contra la humanidad.» *Revista para el análisis del Derecho (INDRET)* (2014). En similar sentido: Jesús Pérez Caballero, «Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacióna,» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2013).

Valga aclarar que si bien esta discusión no hace directamente al objeto de nuestra investigación -en tanto, como es evidente, el caso *argentino* ingresa en las previsiones clásicas del delito de lesa humanidad, por la intervención directa del Estado o de grupos paraestatales en la perpetración de los crímenes-²³⁰, entendimos pertinente abordar al menos los presupuestos básicos de este análisis, toda vez que, como se verá, uno de los argumentos que suelen darse a favor de la calificación como genocidio de los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar, es que se evitaría el riesgo de expansión que, según se indica, estaría experimentado la categoría de crímenes contra la humanidad²³¹.

Por lo cual, y sin perjuicio del análisis que oportunamente haremos sobre la validez de ese razonamiento (particularmente teniendo en consideración los riesgos de inflación penal que exhibe también la figura de genocidio, conforme oportunamente consignamos), valga aquí anticipar que el elemento político puede fungir, precisamente, como dique de contención frente al riesgo de expansión mencionado en torno a los delitos de lesa humanidad.

En suma, el elemento contextual y el elemento político adquieren total centralidad en la delimitación de esta figura, en tanto son tales extremos -o cuanto menos el primero de

²³⁰ No obstante, como es sabido, este tema sí ha sido abordado en algunos procesos nacionales tramitados en nuestro país, no para cuestionar la calificación de crímenes de lesa humanidad cometidos por actores estatales o paraestatales en el contexto de la última dictadura militar, sino para propiciar esa misma calificación en la consideración de los hechos llevados a cabo por organizaciones políticas armadas, extremo que no hace al objeto de nuestra investigación y sobre el cual no es necesario profundizar. Sin perjuicio de ello, baste con señalar que la contemplación de actores diferentes a los Estados como sujetos susceptibles de perpetrar este tipo de delitos se desarrolló con posterioridad a la época de los hechos que aquí nos ocupan, por lo cual esta conceptualización no puede ser invocada con aquella pretensión, precisamente por los límites que impone el principio de irretroactividad. Así fue acertadamente señalado por la entonces *Unidad Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado*, del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, en el marco del trámite por el caso Larrabure (informe que luego daría lugar a la PGN 158/07 del MPF). Véase: Procuración General de la Nación, PGN 158/07, 29 de septiembre de 2007 (que contiene como anexo el referido informe).

Pero además, incluso en la actualidad y tal como hemos señalado, la consideración de actores diferentes al Estado ofrece límites, precisamente a partir de la incidencia del elemento político al que aquí nos hemos referido.

²³¹ Véase en este sentido lo expresado por Daniel Feierstein, quien señala *“que la creciente ampliación de la figura de crímenes de lesa humanidad -que incluye actos como el de “terrorismo”- vuelve relevante distinguir estos dos conceptos -genocidio y crímenes de lesa humanidad- ya que la figura de crímenes de lesa humanidad ha comenzado a ser utilizada como una avanzada sobre la soberanía y autonomía política de los Estados de África, América Latina o Asia, con la excusa de la defensa de los derechos humanos definidos de modo cada vez más laxo y abierto. Los genocidios del pasado se vuelven, entonces, una excusa para justificar la intervención militar, bombardeo indiscriminado y ocupación territorial ante situaciones no comparables y sustancialmente diferentes, como las acciones de organizaciones insurgentes, grupos opositores o luchas intestinas por el poder que en modo alguno alcanzan la dimensión de prácticas sociales genocidas, sea cual sea la definición que utilicemos”*. En: Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 249.

ellos para aquellas posiciones que niegan el segundo- los que definen el carácter internacional de los crímenes de lesa humanidad.

3.1.2.5. El alcance de las controversias referidas al carácter indiscriminado del ataque

Por último, una cuestión que tiene relevancia para nuestro objeto de estudio es la referida a ciertas posiciones que, al menos en el caso argentino, han interpretado que el ataque que define a los crímenes de lesa humanidad debe ser necesariamente *indiscriminado*. Incluso, a partir de allí, postulan la incompatibilidad de dicha figura con la de genocidio (en tanto la indiscriminación del ataque -si fuera ineludible-, resultaría discordante con la intención de destruir grupos específicos que caracteriza al genocidio).

Como anticipamos, esta es la posición de Daniel Feierstein como también de cierta jurisprudencia que ha seguido su obra. Dicho autor elabora el carácter exclusivamente indiscriminado del ataque a partir de la diferenciación cualitativa que -según él postula- supondría la propia definición de crímenes de lesa humanidad que fuera contemplada por el Estatuto de Nuremberg. En efecto, y como ya dijimos, es precisamente en la distinción entre acciones inhumanas de carácter indiscriminado por un lado (asesinato, exterminio, esclavitud, etc.) y persecución de grupos por el otro, donde dicho autor ancla el surgimiento mismo del delito de genocidio, que -según entiende- habría adquirido autonomía a partir de la segunda de las modalidades aquí apuntadas²³². Consecuentemente, y siempre siguiendo su construcción teórica, el crimen de lesa humanidad habría quedado circunscripto a la primera de tales modalidades y, por lo tanto, vinculado exclusivamente con ataques de carácter indiscriminado.

“La gran diferencia entre el concepto de crímenes de lesa humanidad y el de genocidio es que el primero no observa al conjunto como “grupo nacional” sino como individuos que sufrieron la violación de sus derechos individuales. Esta es la diferencia jurídica más relevante entre el concepto de crímenes de lesa humanidad -que remite a acciones indiscriminadas contra miembros de la población civil- y el concepto de genocidio -que remite a acciones discriminadas

²³² Daniel Feierstein, «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva,» Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A (2008): 212-213.

*contra grupos específicos de la población, buscando su destrucción total o parcial*²³³.

Ahora bien, sin perjuicio de que volveremos sobre esto más adelante, no sólo al relevar la jurisprudencia nacional que ha seguido esta tesitura, sino también al tomar posición sobre los problemas planteados por nuestra investigación, baste aquí con reseñar algunas ideas relevantes sobre este punto que surgen de contrastar este posicionamiento con las discusiones que han tenido lugar en la doctrina y la jurisprudencia internacional en torno a la exigencia o inexigibilidad de una motivación discriminatoria en el ataque constitutivo de los crímenes de lesa humanidad.

A tales efectos debe tenerse en consideración una diferencia sustancial: lo que se ha discutido no es si el ataque debe o no ser necesariamente indiscriminado, sino -por el contrario- si la tipicidad de esta figura exige o no -en su elemento contextual- una motivación discriminadora, aceptándose mayoritariamente que ello no es necesario. En efecto, como indicamos en el apartado referido a los cambios experimentados por esta figura, si bien ciertas posiciones contemplaban esta exigencia -incluso el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda lo establecía expresamente-, tanto la jurisprudencia mayoritaria de los Tribunales internacionales como también la doctrina han señalado que el elemento contextual o hecho global no precisa de una motivación discriminatoria, ni de ningún otro elemento subjetivo distinto del dolo²³⁴.

²³³ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 258.

²³⁴ Como ya indicamos, incluso el Tribunal para Ruanda, al analizar dicha exigencia en su propio Estatuto, estableció que constituía un elemento del tipo, sino una limitación jurisdiccional establecida por el Estatuto para el Tribunal. V. TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-A, Appeals Chamber Judgement, 1 June 2001, párr. 464 y ss.).

A la vez, si bien cierta jurisprudencia inicial del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia postulaba también una exigencia en tal sentido (por ejemplo, la sentencia adoptada en el caso Tadić, el 7 de mayo de 1997 -v. TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997-), dicho criterio fue posteriormente superado, no sólo en el propio Tadić (decisión del 15 de julio de 1999 - TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999, párr. 273 y ss -), sino también en muchos otros (TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000, párr. 558 y ss.; TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, N° IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, párr. 260 y ss.; TPIY, Prosecutor v. Kordić & Čerkez, N° IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, párr. 186, entre otros).

La doctrina también es conteste en este sentido. Así, por ejemplo, Werle -al examinar este delito a la luz de lo establecido por el Estatuto de Roma- refiere que *“(n)i el derecho internacional consuetudinario ni el tipo recogido en el Estatuto exigen otros elementos subjetivos comunes a todos los crímenes contra la humanidad. No se requiere que la actuación sea por motivos discriminatorios, tal y como recoge el art. 3 del Estatuto del TPIR* [punto en el cual, dicho autor, toma nota de lo establecido por el propio Tribunal de Ruanda en el caso Akayesu, según antes se indicó, en el sentido de que dicha exigencia constituía solamente una limitación a la jurisdicción del Tribunal], *o la temprana jurisprudencia referente al art. 5 del Estatuto del TPIY* [tramo en el cual el autor releva la jurisprudencia posterior que superó aquel criterio]. *Una intención discriminatoria se exige exclusivamente en la alternativa típica de persecución”*. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 485.

Sin embargo, como es obvio, que se acepte que el crimen de lesa humanidad no deba contener en toda hipótesis un componente de discriminación, en modo alguno significa que -por el contrario- no pueda tenerlo.

En tal sentido, corresponde no sólo apuntar que incluso uno de los actos típicos enumerados por el propio art. 7, el crimen de persecución (regulado en el párrafo 1.h), supone ineludiblemente un ataque discriminado y direccionado a determinados grupos, sino que además tampoco se observa ninguna objeción para que los restantes actos comisivos de este delito puedan tener dicha motivación (aunque ella no sea, a diferencia del crimen de persecución, un requisito típico en esos casos)²³⁵. En conclusión, que la motivación discriminadora no sea una exigencia típica (salvo en el caso de persecución) no supone en modo alguno que sea excluyente, en tanto nada obsta a que dicha discriminación se verifique en cualquiera de los actos comisivos de este crimen.

En definitiva, y no obstante lo postulado por Feierstein, no surge en el desarrollo internacional de esta figura ningún elemento que avale la exigencia de un carácter ineludiblemente indiscriminado en el ataque.

Pero además de lo dicho, esta confusión encuentra cierto paralelismo con otra de similar naturaleza, esta vez referida a la figura de genocidio, y que parece explicar, junto a la primera, el origen de la equívoca incompatibilidad que dicho autor -y la jurisprudencia que lo sigue- postulan en torno a tales figuras. Y es que, en el ámbito del genocidio, y tal como oportunamente especificaremos, se ha postulado mayoritariamente que no resulta exigible un elemento contextual. Al parecer, a partir de allí, dicho autor parece entender que un genocidio no podría ser cometido en el marco de un ataque general y sistemático contra la población civil. Sin embargo, es evidente que, el hecho de que el genocidio no exija un elemento contextual o político (para las tesis que así lo entienden) no significa que dicho delito no pueda verificarse en tales contextos -al contrario, es claro que usualmente se cometerán en contextos de sistematicidad o al amparo de determinadas políticas, y precisamente de allí provienen las discusiones que la doctrina y jurisprudencia han tenido en torno a exigir, incluso, que dicho contexto sea considerado un elemento del tipo-.

²³⁵ La persecución aparece definida en el propio art. 7 antes citado, cuyo párrafo 2, en su apartado "g" establece que 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". Por su parte, la doctrina ha destacado que dicha definición proviene de la jurisprudencia internacional, principalmente de lo establecido por el TPIY en el caso Tadić (sentencia de 7 de mayo 1997). Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 519 y ss.

Por último, entendemos que esta pretendida incompatibilidad entre tales figuras se ha profundizado a raíz de la desatención -por parte de quienes propician tales posiciones- de las posibles formas concursales entre ambos delitos. Si bien, para mayor claridad expositiva, este tema será desarrollado más adelante -al tomar posición sobre el objeto de nuestra investigación-, baste aquí con señalar que, en consonancia con lo dicho en los párrafos anteriores, efectivamente pueden verificarse hechos que cumplimenten, al mismo tiempo, la tipicidad de ambas figuras penales (sin perjuicio de que luego corresponda definir si se está frente a un concurso ideal, aparente, o dirimir los matices de la doctrina jurisprudencial conocida como *Celebici test*)²³⁶. Es lo que puede ocurrir, por ejemplo, en ciertos escenarios, frente a sucesos que tolerarían su calificación como crimen de lesa humanidad (en su modalidad de persecución o exterminio) y como genocidio. Esto es precisamente lo que deberá ser examinado al considerar la experiencia argentina.

Valga aclarar que, además, puede verificarse ocurrir también que en un mismo escenario criminal convivan hechos distintos que cumplimenten, respectivamente, los elementos típicos de una u otra figura en forma exclusiva. Así, mientras se comete un genocidio contra determinado grupo, podría también perpetrarse un ataque general -o un ataque sistemático pero indiscriminado- contra la población civil. O dicho de otra manera, en el marco de un ataque general -o de un ataque sistemático pero indiscriminado- contra la población civil, podrían -al mismo tiempo- llevarse a cabo actos constitutivos de genocidio. Si un mismo autor participa en unos y otros, su conducta deberá ser examinada en el marco del concurso real, extremo que no ofrece mayores dificultades.

3.2. El plano sancionatorio: análisis estructural sobre las posibilidades normativas bajo las cuales se puede considerar la figura de genocidio frente a escenarios de destrucción grupal motivados en razones esencialmente políticas

A efectos de determinar luego la validez y alcance que puede tener la incorporación del concepto de genocidio en el proceso de juzgamiento que se lleva a cabo en nuestro país, resulta necesario dirimir, previo a todo, la viabilidad normativo criminal de conceptualizar bajo esa figura la destrucción grupal motivada en razones sustancialmente políticas. Claro está que, en caso de que correspondiere descartar una

²³⁶ El tema de las relaciones concursales será específicamente examinado al tomar posición sobre el modo en que ambas figuras pueden o deben ser consideradas en el proceso de juzgamiento argentino.

consideración de esa naturaleza, restará aún por definir si aquel concepto puede -o incluso debe- ser incorporado al proceso de juzgamiento argentino de modo diverso al estrictamente punitivo -aspectos éstos en los que se centrará el apartado destinado a nuestra toma de posición con relación a los problemas planteados por nuestra investigación-.

Si bien parte de las constataciones que serán seguidamente examinadas emergen *per se* de los propios desarrollos que preceden a este apartado, en lo que sigue procuraremos sistematizar estos hallazgos. Para evitar reiteraciones innecesarias, formularemos las correspondientes remisiones a los análisis ya realizados previamente.

3.2.1. La exclusión de los grupos políticos en el concepto internacional de genocidio: crítica.

En primer término, debe reiterarse que la exclusión de los grupos políticos de las definiciones recogidas por la Convención de 1948 y por los estatutos que la sucedieron fue resultado de decisiones deliberadas, adoptadas en el marco de la correlación de fuerzas propia de cualquier negociación de un tratado internacional.

A efectos de esta constatación, poco importa que hayan sido previamente considerados en ciertas resoluciones que sirvieron de precedente a tales instrumentos -vgr. la ya citada Resolución N° 96-, o que hubieren existido intentos de incluirlos durante los procesos de elaboración de aquellos (aspectos a los cuales, no obstante, y como luego veremos, parece darle relevancia parte la jurisprudencia argentina que ha procurado incorporar esta figura²³⁷).

Sobre tales aspectos, como así también sobre lo referido al carácter cerrado de la enumeración de los grupos y al tratamiento que a esta temática dan la doctrina y la jurisprudencia internacional, corresponde remitirnos al desarrollo formulado en el apartado 3.1.1.2 de esta investigación.

Ahora bien, previo a emprender un análisis sobre las posibilidades de consideración de tales grupos pese a la exclusión constatada, es necesario establecer si su ausencia en las definiciones vigentes obedece o no a criterios de razonabilidad, en tanto, sólo en

²³⁷ Así ocurre en los casos Stricker, Etchecolatz o Von Wernich, a los que oportunamente haremos referencia. Véanse: CFCP. Causa N° FBB 93001067/2011/TO1/4/CFC4 "Stricker, Carlos Andrés y otros s/ recurso de casación". Registro nro.: 279/17. 23 de marzo de 2017; TOF N° 1 de La Plata, Causa N° 2251/06, seguida a seguida a Miguel Osvaldo Etchecolatz, sentencia con veredicto de 19 de septiembre del 2006 y fundamentos de 26 de septiembre de 2006; TOF N°1 de La Plata, Causa N° 2506/07, seguida a Christian Federico Von Wernich, sentencia con veredicto de 7 de octubre de 2007 y fundamentos de 1 de noviembre 2007.

caso de considerarse deficitaria dicha exclusión, tendrá sentido el esfuerzo de explorar vías plausibles que permitan remediar esa falencia.

En otras palabras, determinar la validez de las críticas a las restricciones que exhibe la definición vigente y los fundamentos en los que éstas puedan apoyarse, resultará dirimente para definir la pertinencia -o incluso, la necesidad- de propiciar alternativas para la incorporación de las experiencias genocidas motivadas sustancialmente en razones políticas (y sin presencia verificable de componentes relativos a los restantes grupos). Valga aclarar que reprochar esa exclusión no significará, por supuesto, admitir que ella deba eludirse a cualquier costo, pero sí constituirá el punto de partida para determinar si deben o no procurarse vías legítimas para intentar remediar esa falencia.

En lo que aquí nos ocupa, corresponde evidenciar, en primer término, que los fundamentos teóricos que han pretendido darse para apoyar la exclusión (véase apartado 3.1.1.2), no parecen constituir otra cosa que intentos por justificar una decisión que claramente no obedeció a razones científicas sino políticas²³⁸. Baste, a título de ejemplo, con exhibir la debilidad del criterio basado en la alegada inestabilidad de este grupo, en comparación con la que pretendidamente tendrían los colectivos protegidos:

²³⁸ “El problema de fondo excedía el plano jurídico ya que tenía que ver, básicamente, con la inclusión bajo esa categoría [genocidio] de las matanzas por razones políticas. Finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1948, aprobó una Convención (...) en la que se seguía el criterio restrictivo (...), (y) era claro que, si prevaleció la idea de dejar afuera del crimen de genocidio las masacres políticas fue porque varios de los Estados miembros, entre los más importantes en el foro mundial, podían ser fácilmente acusados por ese delito”. Hugo Vezzetti, *Pasado y presente* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009), 158.

Valga aclarar que, no obstante esta apreciación, dicho autor opta por no conceptualizar como genocidio la experiencia argentina, aunque ello no obedece, naturalmente, a que considere válidos los argumentos que oportunamente se utilizaron para sustentar la exclusión de los grupos políticos, sino más bien a su posicionamiento particular en torno al lugar que, según señala, corresponde reconocer a las víctimas en el análisis del fenómeno criminal argentino. Y es que, según su abordaje -que en este punto, no es estrictamente jurídico sino más propio de la psicología social-, es preferible conceptualizar la experiencia nacional como “*masacre o exterminio planificados*”, en tanto esa noción, según postula, ponderaría más adecuadamente el rol que tuvo la acción política desplegada por quienes resultaron víctimas los delitos perpetrados en nuestro país (aspecto que, según lo entiende, podría resultar desplazado si se optara por la figura de genocidio). Ello, sin perjuicio de que expresamente alude a la estrecha vinculación de ciertas características de la experiencia argentina -particularmente la verificación de un *plan premeditado* y la *racionalidad técnica de los medios instrumentales empleados*- con las que entiende constituyen las condiciones definitorias del delito de genocidio. Véase: Hugo Vezzetti, *Pasado y presente* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009), 159-164.

Ahora bien, aun cuando un análisis más pormenorizado de este planteo excede el objeto de esta investigación, baste al menos con señalar que no advertimos que la consideración de tales acciones políticas por parte de las víctimas resulte efectivamente invisibilizada en la conceptualización de genocidio que propone, entre otros, Daniel Feierstein. Por el contrario, y como oportunamente relevamos, esta última noción parte precisamente de reconocer la relevancia de la configuración política del grupo perseguido, al que -también por razones políticas- los perpetradores pretenden “extirpar” del grupo nacional, a efectos de reconfigurar la naturaleza identitaria de este último.

difícilmente pueda afirmarse -al menos en la actualidad- que la pertenencia religiosa revista una mayor estabilidad que la política²³⁹.

Párrafo aparte merece la inconsistencia técnica de otros razonamientos que fueron introducidos por algunos Estados durante los procesos de negociación de los referidos tratados, por ejemplo, en el sentido de que la inclusión de los grupos políticos podría restringir la posibilidad de reprimir el accionar de grupos *subversivos* con determinada orientación política. Claramente, una consideración de similar tenor jamás podría dar sustento científicamente válido para la exclusión. Como señala Manuel J. Ventura, ello *“podría sugerir que los Estados se reservaban el derecho de realizar actos de genocidio en su lucha contra las fuerzas internas rebeldes o subversivas que intentaban desafiar a la autoridad gubernamental. Si fue así, esto era bastante ridículo. De hecho, el uso de la fuerza no es ilimitado, incluso cuando se actúa en defensa de la patria”*²⁴⁰. La irrazonabilidad de aquel planteo es tal que nos exime de mayores consideraciones.

Por el contrario, resultan sólidos y convincentes los abordajes críticos de las definiciones recogidas por los citados instrumentos. Tal es el caso, por ejemplo, de lo postulado por Daniel Feierstein, cuyas posiciones sobre este punto fueron ya debidamente consignadas en esta investigación (v. apartado 3.1.1.2.1.) y a todo lo cual corresponde remitirnos. Baste aquí simplemente con recordar que dicho autor llegó incluso a postular que la propia adopción de la Convención sobre genocidio resultó un hecho paradójico, en tanto si bien procuró poner un límite a las acciones genocidas, la exclusión de los grupos políticos y el carácter restrictivo de la figura la tornaron inaplicable²⁴¹.

En similar sentido, Chalk y Jonassohn afirman que, si bien la adopción de aquella definición por parte de la Convención *“marcó un hito en el derecho internacional, para los académicos, su utilidad es acotada, (p)rimero, no distingue entre actos de violencia que tienen como fin aniquilar a un grupo y ataques no letales hacia los miembros (...)*

²³⁹ De hecho, y tal como señala, por ejemplo, Manuel J. Ventura, podría sostenerse exactamente lo contrario: *“(m)ientras que en los tiempos modernos la lealtad política podría posiblemente considerarse más estable que la adhesión religiosa en muchos casos, este no era el caso hace 70 años”*. Véase: Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 185. Claramente, la consideración que dicho autor realiza sobre el anacronismo que sufre el criterio de la estabilidad sirve aquí para denotar que aquel no puede servir de fundamento sólido para sostener la enumeración bajo análisis.

²⁴⁰ Manuel J. Ventura, «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948,» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 186.

²⁴¹ Daniel Feierstein, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria,» Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228 (2016): 248.

[aspecto que, valga aclararlo, no abordaremos aquí por no resultar estrictamente vinculado al objeto de nuestra investigación], (s)egundo, [porque] las Naciones Unidas excluyeron de su definición de genocidio la aniquilación deliberada de grupos políticos y clases sociales (...). Sobre esa base, en el año 1990, tales autores señalaban lo siguiente: “(f)ue un editor del Wall Street Journal (y no un académico o un activista de Derechos Humanos) quien señaló que la redacción de la convención es tan estrecha que no ha cubierto ninguna de las matanzas genocidas cometidas desde su aprobación”²⁴². Y si bien con posterioridad se han adoptado condenas por genocidio en el ámbito internacional (como es sabido, la sentencia del caso Akayesu tendría lugar en septiembre de 1998), la exclusión de los grupos políticos continúa constituyendo un lastre para la efectividad plena de la norma que incrimina este delito -sin perjuicio de las demás consideraciones realizadas en torno a la irracionalidad de su formulación actual, particularmente en razón de la “despolitización” forzada de los grupos enumerados (véase apartado 3.1.1.2)-.

En suma, establecida la irrazonabilidad científica de la exclusión y, como contracara de ello, la necesidad de considerar a los grupos políticos en la conceptualización de genocidio, resta definir cuáles son las alternativas que válidamente pueden explorarse en torno a esta problemática.

3.2.2. Análisis normativo criminal en torno a las posibilidades de consideración de los grupos políticos en la conceptualización de genocidio pese a su exclusión de los instrumentos internacionales.

De conformidad con lo hasta aquí consignado, y aun cuando el objeto de nuestra investigación supone dirimir, concretamente, si en el marco del proceso de juzgamiento actualmente en curso en nuestro país se puede o no incorporar válidamente la figura de genocidio, es claro que ello exige -previamente y en términos generales- estructurar los diversos escenarios, tanto a nivel internacional como en los planos domésticos, en los que la persecución por razones esencialmente políticas podría admitir aquella calificación.

Y en esta tarea, para mayor claridad expositiva, corresponde distinguir dos órdenes de análisis (que nos permitirán luego determinar las posibilidades de incorporación de dicha figura en el caso argentino).

²⁴² Frank Chalk y Kurt Jonassohn, Historia y sociología del genocidio: análisis y estudio de casos (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010), 30-34.

- a) El primero de ellos debe enfocarse en definir si los grupos políticos podrían ser autónomamente considerados entre los colectivos protegidos, ya sea en el ámbito internacional como en el nacional;
- b) El segundo supone determinar si, más allá de que otros colectivos (entre ellos los políticos) puedan ser incorporados en forma autónoma, es posible, por vía interpretativa, considerar el exterminio perpetrado por motivaciones esencialmente políticas al amparo de los grupos ya existentes; concretamente, y en lo que aquí interesa: en el grupo nacional.

En ambos planos deberá tenerse en consideración la incidencia que el principio de legalidad tiene en torno a la temporalidad de todo cambio expansivo que de tales grupos se pretenda. Del análisis conjunto de tales abordajes pueden extraerse las premisas que subsiguientemente se detallan.

3.2.2.1. Posibilidades de incorporación en forma autónoma

El análisis sobre este punto puede diferenciarse en torno a las posibilidades que tienen los Estados, por un lado, y el Derecho Internacional por el otro.

3.2.2.1.1. Escenario nacional

a) En el plano legislativo, y tal como se indicó, en el apartado 3.1.1.2 los Estados tienen libertad para ampliar los grupos protegidos y, de hecho, así ocurre en muchos casos - no sólo con relación a los grupos políticos, sino también respecto de otros-.

Evidentemente, una expansión de tal tenor sólo podrá tener vigencia -en términos punitivos- respecto de hechos perpetrados con posterioridad a la adopción de la legislación local que así lo recoja. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Vasiliauskas contra Lituania, al señalar que la aplicación, por parte de los tribunales nacionales lituanos, de tipos penales sancionados con posterioridad a los hechos que se encontraban juzgando -y que incorporaban a la definición tradicional nuevos grupos protegidos-, resultaba infractorio del principio de legalidad -salvo, por supuesto, que la condena pudiese respaldarse en el derecho internacional vigente al momento de los hechos (aspecto en el que, precisamente, se enfocó la mayor parte del desarrollo de ese fallo)-²⁴³.

²⁴³ TEDH, Vasiliauskas v. Lituania, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párrs. 165 y 166.

Por lo demás, una ampliación de este tenor presentará también las restantes limitaciones que fueron oportunamente analizadas, en tanto -en la medida en que no exista una norma internacional en el mismo sentido- no podrán invocarse, por fuera del ámbito de vigencia nacional del Estado que así lo regule, las consecuencias que dependen de su reconocimiento en el plano normativo internacional²⁴⁴.

b) Por otro lado, debe precisarse si, frente a la ausencia de una norma interna que así lo establezca, la consideración autónoma de los grupos políticos entre los colectivos protegidos podría ser aún viable por vía jurisprudencial.

Al respecto, si no existe respaldo normativo doméstico, los Tribunales locales aún podrían considerar autónomamente a los grupos políticos si se constatare la existencia de una norma internacional que así los reconozca. En efecto, tal como se estableció previamente, el principio de legalidad en el ámbito internacional se expresa en consonancia con el propio orden jurídico en que se desarrolla y, por lo tanto, es la existencia de una norma en aquel plano -y no en el orden jurídico interno- lo que resultará definitorio para analizar si el mismo se encuentra o no vulnerado (véase al respecto el desarrollo realizado en el apartado 3.1.2.2 al relevar, con relación a los crímenes de lesa humanidad, el valor normativo de la costumbre en el derecho internacional). En otras palabras, de existir una norma internacional (y aún en ausencia de cualquier previsión normativa doméstica), los tribunales locales podrían considerar a tales grupos entre aquellos protegidos, sin infracción alguna al principio de legalidad.

En otras palabras, para la consideración autónoma de los grupos políticos por vía jurisprudencial (y en ausencia de normativa local en tal sentido), los tribunales locales deberían sustentarse en un tratado o en una costumbre que así los reconozca.

3.2.2.1.2. Escenario internacional

Al respecto, corresponde formular diversas consideraciones.

a) En primer lugar, y tal como ocurre en el plano nacional, tampoco aquí se advierten objeciones para que, a futuro, los grupos políticos -u otros- puedan ser incorporados a

²⁴⁴ Así, por ejemplo, si bien es perfectamente posible que un Estado contemple legislativamente a dichos grupos entre aquellos protegidos por la figura de genocidio y regule, a la vez, la imprescriptibilidad de tales conductas (siempre respecto de hechos cometidos con posterioridad a la sanción normativa, por supuesto); no podrá objetarse que otro Estado las considere prescriptas o no aplique respecto de ellas el principio de jurisdicción universal, en tanto a este último no le será exigible ninguna consecuencia en tal sentido en la medida en que no exista una norma internacional que contemple a tales colectivos.

través de las fuentes de creación normativa propias de ese ámbito²⁴⁵, esto es: mediante la adopción de nuevos instrumentos que así los contemplen expresamente o por el surgimiento de una costumbre internacional que pudiere tenerlos en consideración.

Y si bien la costumbre difícilmente podría aportar precisiones suficientes como para establecer el juzgamiento penal de forma autónoma y con independencia de todo texto legal (en tanto, por ejemplo, faltarían precisiones sobre las penas), sí tendría entidad para sustentar debidamente algunos de los presupuestos necesarios para ello, integrándose a otros efectos con determinados instrumentos normativos -nacionales o internacionales- que pudieren ser pertinentes. Así, por ejemplo, si pensamos en la doble subsunción a la que se recurre en nuestro país, que supone amalgamar ciertas consecuencias que se derivan de las figuras internacionales con las precisiones que aporta el Código Penal vigente, pues entonces resulta claro que una eventual costumbre que delimite entre los grupos protegidos a los colectivos políticos, tendría, en ese sentido, una relevancia similar al surgimiento de un nuevo tratado que así lo definiere, en tanto ambas son fuentes válidas en el derecho internacional, que podrían ser invocadas a tales fines.

Dejamos de lado aquí la tercera de las fuentes primarias del derecho internacional, como son los principios generales, en tanto, en lo que hace a nuestro objeto de estudio, es poco probable que pudiere llegar a fundarse en ellos la ampliación de los grupos protegidos (sin perjuicio de que podrían ser invocados por determinados tribunales para cuestionar, por ejemplo, la razonabilidad de la exclusión de los grupos políticos, o para fortalecer una costumbre que comience a tutelarlos).

b) Valga aclarar que las limitaciones estatutarias impuestas a ciertos Tribunales (como la CPI, el Tribunal para Ruanda o la Ex Yugoslavia, por ejemplo), que les impiden *prima facie* tomar en consideración extremos diversos a los delimitados por los tipos penales que ellos contienen, no son otra cosa que condicionantes jurisdiccionales para su actuación, pero en modo alguno suponen que el Derecho Internacional haya quedado cristalizado en tales definiciones. En otras palabras, no puede derivarse de allí ningún tipo de impedimento para el eventual surgimiento de una costumbre que incorpore nuevas figuras a tales catálogos, o que modifique las existentes. Y aun cuando la consideración de esa potencial norma consuetudinaria pudiere estar vedada para esos Tribunales, no lo estaría para otros órganos jurisdiccionales que no poseen esas limitantes, como es el caso de los jueces penales nacionales (al juzgar, en el ámbito

²⁴⁵ Como es sabido, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que codifica las fuentes del Derecho Internacional, considera -entre las denominadas fuentes primarias- no sólo a los tratados internacionales, sino también a la costumbre y a los principios generales del Derecho.

doméstico, conductas alcanzadas por el derecho internacional), o de los tribunales regionales de protección de derechos humanos (al examinar la responsabilidad internacional de determinado Estado frente a este tipo de escenarios).

Valga incluso referir que el propio Estatuto de Roma, al concretar en su artículo 22 el principio *nullum crimen sine lege*, deja en claro que el tenor de las limitaciones que en tal sentido impone dicho instrumento en modo alguno supone que, por fuera de él, no puedan criminalizarse otras conductas²⁴⁶ (aun cuando aquellas pudieren, prima facie, exceder la jurisdicción estatutaria de esa Corte), con lo cual -como es evidente- nada obsta a que el genocidio motivado en razones esencialmente políticas pueda ser criminalizado conforme las fuentes propias del derecho internacional -concretamente: la costumbre-.

c) Sin perjuicio de lo anterior, debe afirmarse que hasta el momento no es posible considerar que estos grupos se encuentren autónomamente protegidos -ni convencional ni consuetudinariamente-, precisamente porque, conforme se desarrolló en el apartado 3.1.1.2, existe consenso mayoritario en torno a que la enumeración consignada en la Convención de 1948 y en los Estatutos subsiguientes no sólo es cerrada sino que refleja además, al menos desde la perspectiva estrictamente criminal, la costumbre vigente hasta la actualidad.

d) Finalmente, y siempre en lo que hace a los efectos estrictamente punitivos, es evidente que -tal como ocurre en el plano nacional- una potencial norma internacional en el sentido aquí tratado (convencional o consuetudinaria) sólo podría ser considerada con relación a hechos cometidos luego de su surgimiento como tal.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, valga anticipar que la sola hipótesis de que una costumbre en el sentido planteado pudiese potencialmente surgir es, de todos modos, relevante para nuestra investigación, no porque ello pudiese tener incidencia sobre el juzgamiento de los crímenes perpetrados en nuestro país (en atención a los límites que impone el principio de legalidad), sino porque el análisis que nos ocupa supone también poner en valor si la expansión legislativa o jurisprudencial que puede operar a nivel del derecho nacional comparado (incluso bajo alternativas no punitivas) podría incidir en la conformación de esa eventual norma consuetudinaria.

²⁴⁶ El art. 22, tras consignar que “(n)adie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte” y que “(l)a definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía”; pasa a señalar expresamente que “(n)ada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Y es que, según lo entendemos, el número creciente de Estados que incorporan a tales colectivos entre los grupos protegidos, como así también las decisiones judiciales locales que van acompañando este camino, dan cuenta de una incipiente práctica que, aún cuando no pueda todavía reputarse *generalmente aceptada como derecho* -en los términos de lo establecido por el art. 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia-, expresa potencialidad para consolidar, en el futuro, una verdadera costumbre internacional.

3.2.2.2. Posibilidades de considerar esta figura a partir de las definiciones actuales: la eliminación motivada en razones esencialmente políticas como destrucción parcial de un grupo nacional.

Desde este punto de vista, corresponde clarificar cuál es el margen que podría tener la jurisprudencia -nacional e internacional- no ya para incorporar a los grupos políticos en forma autónoma, sino para interpretar la noción de *exterminio parcial de un grupo nacional*, de modo tal que en ella queden comprendidos ciertos escenarios de exterminio basados en razones esencialmente políticas.

A tales efectos, deberá en primer término evaluarse si dicha conceptualización es plausible desde una perspectiva hermenéutica, para luego examinar su viabilidad en el plano estrictamente sancionatorio, particularmente en función del principio de legalidad.

3.2.2.2.1. Validez hermenéutica de la conceptualización bajo análisis.

Previo a determinar las posibilidades normativas de incorporar esa conceptualización, debe establecerse si ella resulta hermenéuticamente acertada, a cuyo efecto deberán tenerse en consideración diversos extremos que han sido ya relevados en esta investigación.

Por un lado, corresponderá tomar nota de las premisas establecidas al examinar la intención de destruir total o parcialmente un grupo, en cuanto elemento subjetivo del tipo de genocidio (apartado 3.1.1.1). También será necesario ponderar el relevamiento realizado en el apartado 3.1.1.2.1, en el que dimos cuenta de los lineamientos centrales en los que se fundan los posicionamientos que caracterizan como genocidio los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura militar argentina. De igual modo, deberá tenerse presente el carácter deficitario que se atribuye a las definiciones vigentes, en los términos explicitados en el apartado 3.2.1.

De todo lo anterior surge que, en ciertas condiciones y bajo determinados presupuestos, el exterminio de colectivos o personas por razones esencialmente políticas puede ser plausiblemente conceptualizado como genocidio, al amparo de la noción de *destrucción parcial de un grupo nacional*. Como veremos, ello no implica que cualquier escenario de exterminio grupal motivado en razones políticas pueda ser así calificado, sino sólo aquellos que respondan a las premisas que procuraremos seguidamente sistematizar.

La noción central podría sintetizarse del siguiente modo: el exterminio -políticamente motivado- de ciertas personas o colectivos puede ser calificado como genocidio en la medida en que la acción criminal responda a la intención de destruir parcialmente el propio grupo nacional que aquellos integran.

Y es que, según lo entendemos, en esa hipótesis pueden darse por debidamente satisfechos los tres elementos centrales que han sido considerados como definitorios de esta figura: *actus reus*, *mens rea*, y la *intención destructiva* -en tanto elemento subjetivo diferenciado-.

Y si bien se han planteado objeciones en torno a esta posibilidad, advertimos que tales controversias parecen responder a cierta confusión sobre los extremos que entendemos resultan definitorios para evaluar la validez de esta premisa. En efecto, las posiciones que se han mostrado críticas a esta interpretación exhiben las siguientes inconsistencias: por un lado reflejan una percepción equívoca respecto del grupo de referencia sobre el que se estructura esta conceptualización (i); por otro, parecen ponderar extremos que, según lo entendemos, no tienen que ver con su viabilidad hermenéutica, sino más bien con cuestiones estrictamente probatorias (ii); y, finalmente, parecen confundir el “*carácter discriminatorio de la intención*” -que en este caso debe sustentarse en la nacionalidad- con los motivos que, simultáneamente, puedan expresar los autores ya sea individual o colectivamente (iii).

i) Con relación a lo primero, advertimos que las posiciones que han cuestionado esta interpretación, parecen no tomar debida nota de que ella se estructura sobre la base de considerar que el grupo conformado por la *nación en su totalidad* es el que constituye el objetivo de la intención genocida, sin perjuicio de que la destrucción procurada sea de carácter parcial. Y, evidentemente, el no advertir esta cuestión resulta sustancial en cualquier análisis que se formule en torno a la validez hermenéutica de esta interpretación.

Y es que, si se afirma que sólo aquellas personas a quienes se procura eliminar son quienes integran el grupo destinatario de la intención genocida, pues entonces difícilmente se las pueda reputar como integrantes de un *grupo nacional*, ya que,

efectivamente, el único criterio de adhesión que podría allí ponderarse sería el relacionado con las ideas políticas que estas expresan para el opresor -constituirían, así, un *grupo político*-²⁴⁷. Sin embargo, si se comprende que, bajo la posición aquí examinada, se postula que la acción criminal tiene por objetivo a todo el colectivo de personas que integran la nación -sin perjuicio de que la destrucción procurada sea sólo parcial- pues entonces no hay ninguna objeción hermenéutica para afirmar que quienes son eliminadas integran, junto a quienes no lo son, el *grupo nacional* al que se dirige el ataque.

ii) En segundo lugar, y complementando lo anterior, advertimos que las críticas a esta posición introducen otro tipo cuestionamientos que, en realidad, no se vinculan con la posibilidad hermenéutica de postular esta interpretación, sino con la refutación de los presupuestos fácticos en los que ella se apoyaría, sobre la base de cuestiones que serían estrictamente probatorias.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se afirma que la experiencia criminal argentina no procuró la destrucción parcial del grupo nacional -sino que se limitó a perseguir y exterminar opositores políticos-. Parece claro que, además de confundirse el grupo de referencia -tal como señalamos en el punto anterior-, lo que se está rechazando, en realidad, es que aquella finalidad se encuentre acreditada. En efecto, no advertimos allí un planteo que desarrolle algún tipo de imposibilidad conceptual en torno a la interpretación aquí examinada sino, más bien, una objeción sobre los presupuestos fácticos en los que esta se basa.

Desde esta perspectiva, si, a *contrario sensu*, se reputa probado que la eliminación de determinados colectivos o personas obedeció efectivamente a la intención de destruir parcialmente el grupo nacional (vgr., porque se verifica la existencia de un plan cuyo objetivo central es la redefinición de la propia identidad nacional), pues entonces no habría, desde este punto de vista, obstáculos para avanzar en la conceptualización propuesta.

iii) Finalmente, entendemos resulta relevante diferenciar con claridad aquello que en esta investigación hemos denominado "*carácter discriminatorio de la intención*" -esto es,

²⁴⁷ Así parecen entenderlo, por ejemplo, Maculan o Gil Gil, aunque al parecer, ello obedece a que las sentencias examinadas por tales autoras (ya sean las citadas decisiones adoptadas por la Audiencia Nacional de España, o algunos casos argentinos que toman de referencia), no explicitan la interpretación en los términos aquí propiciados. Véanse: Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 264 y ss.; y Alicia Gil Gil, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,» 2003. <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/2-alicia-gil.pdf>. (Último acceso: 25 Marzo 2022).

la exigencia de que la finalidad de exterminio sea dirigida contra el grupo *en cuanto tal*²⁴⁸, de cualquier otro móvil -individual o colectivo- que simultáneamente tuvieren los autores (tales como la obtención de beneficios económicos, ventajas políticas o lo que fuere). Claramente, la constatación de estos últimos no invalida lo primero. Sin embargo, advertimos que parte de las críticas que se formulan a la posición que aquí examinamos parten de confundir ambas cuestiones.

En otras palabras, y como examinamos en el apartado pertinente, para la calificación de genocidio basta, en este punto, con que la intención se dirija a la destrucción del grupo *como tal*, y que sobre la base de esa premisa se determine la selección de las víctimas, sea cual sea el motivo ulterior en el que aquella pueda fundarse. Como vimos, ello es pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Así las cosas, y llevándolo al caso que nos ocupa, resulta claro que, por ejemplo, no tendrá incidencia para el análisis estrictamente referido a la satisfacción del elemento subjetivo del genocidio, determinar si la destrucción parcial del grupo nacional se procura por un odio chauvinista contra determinada nación, o porque se tiene como objetivo político la redefinición de las características esenciales de ese grupo. Lo que importa, en definitiva, es que -por el motivo que sea- el ataque se dirija a su destrucción *como tal*, ya sea en forma total o parcial.

Para mayor claridad puede pensarse en cómo aplicaría dicho razonamiento a otros de los grupos protegidos, distintos al nacional. Así, por ejemplo, no parece ofrecer mayores dificultades la tipificación como genocidio de una acción que procura destruir parcialmente un grupo étnico o racial, no por odios basados en la raza o la etnia, sino como parte de una determinada estrategia política o militar. Como es claro, esto último no invalida la satisfacción del elemento subjetivo, ya que, en definitiva, se verifica de cualquier modo la intención de destruir parcialmente a dicho colectivo como tal. Este es precisamente el razonamiento que se desprende del trabajo llevado a cabo por Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, plasmado en el informe “Guatemala, Memoria del Silencio”, en el cual, se indica: *“(e)s muy importante distinguir entre “la intención de destruir al grupo total o parcialmente”, es decir la determinación positiva de hacerlo, y los motivos de dicha intención. Para que se configure el tipo genocida, basta la intención de destruir al grupo, cualquiera sea el motivo. Por ejemplo,*

²⁴⁸ Valga recordar que, según oportunamente explicitamos, escogimos esta expresión para evitar cualquier equívoco provocado por la diversidad terminológica que se ha expresado en torno a este concepto. Con ella denotamos aquella exigencia del elemento subjetivo que implica que la destrucción debe dirigirse a alguno de los grupos protegidos *en cuanto tales* (véase el punto 3.1.1.1).

*si el motivo por el cual se intenta destruir a un grupo étnico no es de carácter racista, sino sólo militar, igualmente se configura el delito de genocidio*²⁴⁹.

De hecho, este punto resulta pertinente retomar una de las premisas establecidas por Feierstein, que presupone afirmar, en definitiva, que toda acción genocida responde siempre a una motivación política, por lo cual mantener conceptualizaciones despolitizadas de la persecución de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, resulta claramente irrazonable.

En definitiva, y trasladando tales premisas a la interpretación que nos ocupa: si la destrucción parcial del grupo nacional se *intenta* o procura en razón de que dicha acción es considerada por los perpetradores como el medio necesario para la prosecución de un objetivo político final (vgr. la reconfiguración misma de la identidad nacional), ese último objetivo no contradice que, por ese o por cualquier otro motivo, lo que se está *intentando* es, de cualquier modo, la destrucción parcial del grupo nacional.

A la vez, y en lo que hace a la selección de las víctimas, es igualmente posible afirmar que, precisamente bajo esta lógica, aquellas son escogidas en razón de que integran el grupo nacional que, en forma parcial, se procura exterminar. Podría refutarse tal afirmación argumentando que, en realidad, ello no explicaría por qué, dentro del conjunto total de la población nacional, se seleccionan a algunas y no otras, lo que demostraría que tal determinación no tiene que ver con su integración en el colectivo nacional, sino con las ideas políticas que determinadas víctimas expresan a los ojos del opresor. Sin embargo, siempre en términos estrictamente hermenéuticos, también aquí entra en juego la distinción entre *el carácter discriminatorio de la intención* -única exigencia típica- y los motivos que pueda expresar la acción criminal, ya que el hecho de que efectivamente se las escoja por razones políticas, no contradice la *intención* de exterminarlas en tanto elementos identitarios relevantes del grupo nacional que se pretende redefinir a través de su destrucción parcial.

Así las cosas, y siempre desde el plano estrictamente hermenéutico, advertimos que si bien no toda eliminación basada en razones esencialmente políticas podrá ser considerada como genocidio al amparo de la noción de destrucción parcial de un grupo

²⁴⁹ Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Informe: "Guatemala, memoria del silencio". Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS). Guatemala, 1999, pág. 316, párr. 3204. Valga señalar que en dicho informe se elaboran otra serie de consideraciones que merecerían un análisis más exhaustivo a defectos de determinar su validez o invalidez -vgr. la distinción entre "política de genocidio" y "actos de genocidio"-, sin embargo, y en tanto ellas no resultan estrictamente vinculadas con el análisis proyectado en esta investigación, omitiremos mayores referencias al respecto. Sin perjuicio de ello, puede verse a ese respecto: Julieta Carla Rostica, «Interpretaciones de la historia reciente y memoria colectiva. Guatemala y el proceso de democratización,» de *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina* (Buenos Aires, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2009).

nacional; ello sí resultará plausible en la que medida en pueda efectivamente verificarse que dicho exterminio procuró, en realidad, la destrucción parcial del grupo en sí.

En la desaprensión de las particularidades bajo las cuales se estructura específicamente esta interpretación -que permiten diferenciarla de cualquier pretensión genérica de conceptualizar bajo esa figura toda persecución de nacionales por razones políticas- parece estar la explicación no sólo a las equívocas críticas que se han hecho en torno a esta posibilidad desde la doctrina, sino también a la errada equiparación que se ha realizado entre la conceptualización aquí propiciada y otros modos diversos bajo los cuales se ha planteado el asunto en el derecho comparado²⁵⁰.

3.2.2.2.2. Posibilidades normativas para su incorporación en términos de derecho sustantivo criminal.

Tal como se estableció al determinar las posibilidades de incorporación autónoma de los grupos políticos entre los colectivos protegidos, es claro que al analizar la viabilidad de establecer su protección por vía interpretativa al amparo de los grupos ya tutelados, resultará igualmente necesario tener en consideración los distintos escenarios en los que ella podría propiciarse -nacional e internacional-, a efectos de determinar, también en esta variable, cuál es el margen de acción que pudiere verificarse en cada uno de ellos.

3.2.2.2.2.1. *Escenario internacional*

Como ya se ha establecido, toda persecución penal que pretenda tener anclaje en el plano del derecho penal internacional debe descansar en una de las fuentes normativas

²⁵⁰ Como ya indicamos, este parece ser el caso de Maculan o Gil Gil, quienes controvierten extremos que no resultan idénticos a aquellos que sirven de sustento a la interpretación aquí propiciada, tomando como referencia los casos resueltos por la Asamblea Nacional de España, o algunos de los tramitados ante los tribunales argentinos. Véanse: Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 264 y ss.; y Alicia Gil Gil, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,» 2003. <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/2-alicia-gil.pdf>. (Último acceso: 25 Marzo 2022).

Algo similar ocurre, como veremos más adelante, con la equiparación que Kai Ambos realiza entre lo resuelto por los tribunales lituanos en el caso Vasiliauskas y lo desarrollado por al menos parte de la jurisprudencia argentina. Esto será examinado, concretamente, al analizar la viabilidad normativa de incorporar la conceptualización aquí propiciada como interpretación plausible de los propios textos convencionales. Véase: Kai Ambos, «Caso Vasiliauskas contra Lituania - El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos,» Revista para el análisis del Derecho (INDRET) (2016).

propias de ese ámbito; concretamente, y en lo que aquí nos ocupa: una costumbre o un tratado.

a) Con relación a lo primero, es evidente que, al menos hasta la actualidad, así como no existe una costumbre que proteja en forma autónoma a los grupos políticos (por fuera del texto de los tratados), tampoco se verifica una que permita conceptualizar la destrucción parcial de un grupo nacional como comprensiva de aquellas eliminaciones masivas propiciadas por motivaciones esencialmente políticas.

Ello no significa que a futuro, y tal como dijimos al examinar la tutela de los grupos políticos en forma independiente, no pueda surgir una norma consuetudinaria que considere a estos últimos abarcados por la conceptualización del grupo nacional; de hecho, una de las cuestiones relevantes para nuestra investigación es determinar si la jurisprudencia local puede contribuir a formarla.

Desde el punto de vista estrictamente punitivo, es claro que de consolidarse una costumbre que avale esta conceptualización, ella sólo podría tener tales efectos respecto de hechos perpetrados con posterioridad a su reconocimiento como tal.

b) Por su parte, en lo que hace a la posibilidad de que dicha conceptualización sea considerada, no ya en función de una costumbre, sino como interpretación plausible de los propios textos convencionales, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i. Sin perjuicio de la validez hermenéutica que oportunamente se consignó (apartado 3.2.2.2.1), es preciso dirimir si, normativamente, ello sería viable en el plano de las reglas de interpretación aplicables a los instrumentos internacionales que recogen esta definición.

A tales efectos, baste con seguir los principios que en tal sentido consigna la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo art. 31.1 señala, como regla general, que *“un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*.

Ahora bien, si por un lado se atiende a que tanto la Convención sobre Genocidio como los Estatutos que la sucedieron tienen por objeto declarado, precisamente, el de prevenir, investigar y sancionar aquel fenómeno criminal, y, por el otro, se considera acertado afirmar -tal como se consignó al relevar las críticas a la definición vigente- que la despolitización de su conceptualización actual podría tornar prácticamente inaplicable aquella finalidad (en tanto, la mayoría y las más

relevantes prácticas genocidas quedarían por fuera del tipo penal así concebido)²⁵¹, pues entonces la posibilidad de incorporar en la noción de destrucción parcial de un grupo nacional al exterminio de colectivos motivada en razones esencialmente políticas podría resultar plausible, en tanto constituiría -desde esa óptica- la única interpretación idónea para evitar la desnaturalización del objeto y fin de tales tratados.

Y si bien no desconocemos que los trabajos preparatorios que precedieron a la Convención de 1948 como también los que dieron base a los Estatutos mencionados denotan que la exclusión de los grupos políticos fue una decisión deliberada, lo cierto es que -según lo establece el art. 32 de la Convención de Viena- aquellos son medios de interpretación *complementarios*, a los que sólo se recurre, o bien para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general, o bien para determinar el sentido correcto cuando la interpretación a la que se arriba conforme la regla general deja ambiguo u oscuro tal sentido o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Pues bien, si ninguna de tales condiciones se da, entonces ni siquiera es preciso recurrir a ellos. En otras palabras, si la interpretación aquí tratada se considera viable conforme la regla general del art. 31.1 antes consignada, pues entonces las discusiones sostenidas en el marco de tales trabajos no podrían invalidarla.

Y finalmente, si examinamos los parámetros que surgen de la jurisprudencia internacional en la materia, podemos advertir que ninguno de ellos imposibilita *per se* la posibilidad de una interpretación como la aquí considerada, sin perjuicio de que le imponen ciertos límites basados en el principio de irretroactividad.

En efecto, aun cuando hasta ahora los Tribunales penales internacionales no se han hecho eco de las posiciones que, sobre la base de la noción de destrucción parcial de un grupo nacional, conceptualizan como genocidio a la eliminación física de colectivos por razones esencialmente políticas, lo cierto es que tampoco se han pronunciado en contra de esta posibilidad en tanto, así como tal, no ha sido tratada.

Y es que las decisiones referidas al exterminio *políticamente motivado* se han vinculado, en su mayoría, con la posibilidad de considerar autónomamente a colectivos de esta naturaleza entre aquellos protegidos por la norma, pero no han

²⁵¹ Los fundamentos científicos que dan cuenta de ese riesgo, fueron oportunamente consignados no sólo al relevar las críticas a la definición actual (apartado 3.2.1), sino también al reseñar los posicionamientos que, particularmente desde la sociología y la ciencia política, propician conceptualizar como genocidio la experiencia argentina (apartado 3.1.1.2.1). Por lo demás, este punto fue también retomado en el apartado referido a la validez hermenéutica de la conceptualización que enmarca como destrucción parcial de un grupo nacional a la eliminación basada en razones políticas (3.2.2.2.1).

examinado la viabilidad de una interpretación del grupo nacional en los términos aquí analizados.

Por el contrario, del único caso internacional que ha abordado específicamente una interpretación similar a la que nos ocupa -tramitado, no por un tribunal penal internacional, sino por el TEDH-, tampoco surge elemento alguno que refute esta posibilidad. Nos referimos al caso Vasiliauskas contra Lituania, en el que no sólo se analizó lo relativo a la consideración autónoma de los grupos políticos entre los colectivos protegidos, sino también la viabilidad de calificar como genocidio el homicidio de los partisanos lituanos al amparo de la noción del grupo nacional. Y si bien el Tribunal concluyó que en dicho caso aquella conceptualización no podía ser invocada, ello obedeció a los límites que impone el principio de legalidad en torno a la aplicación retroactiva de la ley penal, pero no a la constatación de algún tipo de inviabilidad normativa para tal interpretación.

Efectivamente, al analizar la posibilidad de interpretar los grupos nacional y étnico de modo más amplio -en pos de determinar si podían considerarse comprensivos de los partisanos lituanos-, el TEDH señaló que, a la luz de lo dispuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, ello no resultaba posible, en razón de que implicaba una extensión analógica de la ley penal. Sin embargo, si se examina cuidadosamente lo sostenido por ese Tribunal internacional, queda claro que la analogía *in malam partem* que constata se vincula estrictamente con el principio de previsibilidad o *foreseeability* (que abordaremos con mayor detalle en el próximo punto), en tanto, en definitiva, refiere que aquella interpretación no podía ser prevista, al momento de los hechos, por quienes luego fueron condenados por genocidio en Lituania²⁵².

En otras palabras, del análisis realizado por el TEDH no sólo no surge una inviabilidad normativa general que impida interpretar el grupo nacional como comprensivo del exterminio por razones políticas, sino que incluso, *a contrario sensu* de las premisas en las que el fallo sustenta este tramo del análisis, parece posible afirmar lo opuesto: verificado aquel estándar de previsibilidad, dicha interpretación sería posible, en la medida en que no afectaría el principio de legalidad.

Pero además, debemos decir que, en todo caso, la propuesta que se propicia en nuestro país expresa otras variables que no encuentran paralelo en el caso examinado por el TEDH, lo que constituye una razón adicional para afirmar que no ha sido invalidada por esa jurisprudencia. Y es que, en el caso ante el Tribunal

²⁵² TEDH, Vasiliauskas v. Lituania, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 183.

Europeo, no se pusieron en consideración ninguno de los argumentos sustanciales sobre los cuales descansa la posición teórica tratada en esta investigación, particularmente aquellos vinculados con la constatación sociológica y política sobre el modo en que se integran identitariamente los grupos nacionales -y sobre la incidencia que ello tiene al momento de interpretar la intención de destruir que persiguen los perpetradores de este delito- y, como contracara de ello, tampoco los referidos a la desnaturalización del concepto de genocidio que implicaría la despolitización de los grupos protegidos.

De hecho, es la ausencia de consideración de tales diferencias -y quizás el desconocimiento de la construcción teórica en la que al menos parte de la doctrina y la jurisprudencia argentina han sustentado la interpretación que constituye el objeto de esta investigación-, lo que parece explicar la equiparación -equivoca para nosotros- que Kai Ambos realiza entre lo resuelto por este fallo y los precedentes argentinos que han tratado la conceptualización como genocidio de lo ocurrido en nuestro país. En efecto, en un artículo dedicado específicamente al análisis del fallo Vasiliauskas²⁵³, y en ocasión de criticar la posición de la minoría que había votado en disidencia, dicho autor formula una serie de consideraciones que transcribiremos casi en su totalidad a efectos de tomar adecuada dimensión de su contenido:

“En el centro del argumento de los jueces disidentes, según el cual el peticionario cometió un delito de genocidio en los términos en los que dicho crimen era definido en 1953, se encuentra la proposición de que el ataque contra los partisanos de Lituania constituyó un ataque contra el grupo nacional lituano. La idea de grupo nacional ha sido definida como toda agrupación de personas unidas entre sí por la misma nacionalidad. Sin embargo, esta definición resulta problemática, especialmente en grandes sociedades de emigrantes, ya que es ambigua y no es lo suficientemente específica. Adicionalmente, el razonamiento de los disidentes permite recordar el argumento del juez Baltasar Garzón y de algunos activistas de derechos humanos, quienes afirmaron que los asesinatos y las persecuciones políticas que tuvieron lugar en los años setenta en el cono sur de América Latina (especialmente en Argentina, Chile y Uruguay) alcanzaron a tener la categoría de genocidios, ya que, según ellos, los miembros de las

²⁵³ Kai Ambos, «Caso Vasiliauskas contra Lituania - El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos,» Revista para el análisis del Derecho (INDRET) (2016).

guerrillas de izquierda y de otros grupos disidentes fueron atacados no tanto por sus convicciones políticas sino por su nacionalidad.

(...)

Empero, esto conduce a la afirmación más o menos absurda de que los perpetradores militares de derecha, por ejemplo argentinos, asesinaron a sus víctimas argentinas de izquierda, debido a su nacionalidad; en otras palabras, que argentinos, chilenos o uruguayos mataron a argentinos, chilenos o uruguayos, debido a su vínculo común de nacionalidad. Esto no solamente no tiene sentido sino que además ignora el hecho de que la naturaleza de dichos crímenes era política; en estos casos el adversario era asesinado debido a que los perpetradores querían eliminar la ideología política que las víctimas representaban”²⁵⁴.

Como puede advertirse, Kai Ambos omite cualquier consideración en torno a los argumentos centrales que dan contenido a la posición conceptual analizada en esta investigación. No sólo en tanto la interpretación que nos ocupa está lejos de ignorar -como afirma el autor- que tales persecuciones fueron políticas -por el contrario, se hace cargo de ello y postula que en cualquier genocidio lo son-, sino porque además tampoco supone afirmar linealmente que las víctimas son perseguidas *por su nacionalidad*, sino que, como ya se ha señalado, se basa en la noción central de que la eliminación -políticamente motivada- de determinados colectivos se dirige, en definitiva, a la destrucción del grupo nacional tal y como está integrado, idea evidentemente distinta de aquella afirmación.

Incluso, si se continúa el desarrollo de Kai Ambos en ese mismo artículo, puede advertirse que, de haber tomado nota de los argumentos centrales en los que se sustenta la interpretación tratada en esta investigación, no habría establecido el paralelismo que postula. Por el contrario, de su análisis parece incluso surgir que, si se siguen los argumentos en los que realmente descansa esta construcción, la propia tesis del autor conduciría a admitir la posibilidad de enmarcar la eliminación política en los términos aquí explicitados como exterminio parcial de un grupo nacional. En efecto, en otro tramo de ese mismo documento, ya nuevamente enfocado en los hechos del caso Vasiliauskas, señala:

²⁵⁴ Kai Ambos, «Caso Vasiliauskas contra Lituania - El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos,» Revista para el análisis del Derecho (INDRET) (2016), 10-11.

(...) esta visión ignora que en estos casos la fuerza que impulsa las acciones delictivas no es la nacionalidad sino las convicciones políticas, es decir, que los partisanos son atacados por ser un grupo político, no uno nacional. Además, en ese caso se tendría que afirmar y probar que los perpetradores (o sea los ocupantes soviéticos) efectivamente querían destruir al grupo nacional en cuanto tal, es decir, la identidad e independencia lituanas²⁵⁵.

Como puede advertirse, esa última frase del autor parece, en definitiva, reafirmar las premisas en las que antes basamos la validez hermenéutica de esta interpretación (punto 3.2.2.2.1). Y es que, lo que postulamos es que la eliminación de ciertos colectivos políticos procura, precisamente y siguiendo las palabras de Kai Ambos, la destrucción del *grupo nacional en cuanto tal, es decir, [en su] identidad*.

Por lo expuesto, y más allá de las limitaciones que el principio de irretroactividad impone en torno a la vigencia temporal de una interpretación como la aquí examinada (cuestión que será abordada seguidamente), corresponde por ahora concluir que, desde el punto de vista normativo, resulta absolutamente viable la posibilidad de enmarcar ciertos escenarios de eliminación masiva políticamente motivados en la noción de destrucción parcial de un grupo nacional.

- ii. En lo que hace al alcance temporal que podría tener esa conceptualización, entendemos que, si bien *prima facie* podrían derivarse de ella plenos efectos punitivos con relación a cualquier hecho cometido luego de la entrada en vigencia de los respectivos instrumentos (en tanto sólo se estaría *interpretando* de determinado modo la norma vigente al momento de su comisión), lo cierto es que, como anticipamos, deberán tenerse en consideraciones ciertos límites y matices que impone el principio de legalidad.

En otras palabras, aun cuando toda interpretación judicial se vuelca ineludiblemente sobre hechos del pasado (aquellos que constituyen el objeto del proceso en que se lleva a cabo esa labor) y, por lo tanto, el sentido que los Tribunales le asignen a determinada norma no supone aplicación retroactiva de la ley penal sino simplemente el ejercicio regular de la jurisdicción; lo cierto es que la jurisprudencia internacional ha establecido, no obstante, ciertos estándares limitatorios de aquella

²⁵⁵ Kai Ambos, «Caso Vasiliauskas contra Lituania - El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos,» Revista para el análisis del Derecho (INDRET) (2016), 10-11.

función, a partir de una exigencia de *coherencia con la esencia de la norma* y de respeto al principio de *previsibilidad (foreseeability)*.

En el caso *Vasiliauskas*, el TEDH comenzó por recordar que el principio de legalidad exige que los delitos estén previamente definidos, ya sea por la ley nacional o internacional y que ésta puede o no ser escrita²⁵⁶. Refirió también que, por más claridad que exhiba la redacción de una norma, siempre exigirá una cuota de interpretación judicial, ya fuere para aclarar aspectos dudosos o para adecuarse a circunstancias cambiantes. Y reafirmando las consideraciones generales que hemos consignado, expresó que, de hecho, el desarrollo progresivo del derecho penal a través de la interpretación judicial se encuentra arraigado en la tradición legal de los Estados partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que el art. 7 de ese instrumento (que tutela el principio de legalidad), no podía ser leído como un obstáculo para la clarificación gradual, caso a caso, de las normas criminales a través de la interpretación judicial²⁵⁷.

No obstante, seguidamente dejó en claro que ello es viable siempre que *“el desarrollo [interpretativo] resultante sea consistente con la esencia de la ofensa y pueda ser razonablemente previsto”*²⁵⁸.

Un criterio similar había sido ya sostenido en *Jorgic*, ocasión en la cual la Corte Europea debía pronunciarse sobre la previsibilidad de que la figura de genocidio pudiese no sólo limitarse a la eliminación física del grupo, sino abarcar también supuestos de eliminación identitaria. En ese caso, entendió que la interpretación amplia sostenida por los Tribunales Nacionales no infringía el art. 7 en tanto, para la época de los hechos, distintas autoridades habían propiciado nociones estrictas y amplias en tal sentido, por lo cual el acusado -aun cuando para ello hubiere precisado de asistencia letrada- podría haber anticipado esa conceptualización²⁵⁹.

Ahora bien, si nos atenemos a estos dos estándares (consistencia con la esencia de la ofensa y previsibilidad de la interpretación), no parece que el primero de ellos -esto es, la exigencia de coherencia con los aspectos sustanciales del crimen- pueda limitar la eventual consideración de genocidio en casos de persecuciones por razones esencialmente políticas, al amparo de la noción de grupo nacional. Y es que, conforme hemos consignado, es claro que la conceptualización aquí tratada

²⁵⁶ TEDH, *Vasiliauskas v. Lituania*, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 154.

²⁵⁷ TEDH, *Vasiliauskas v. Lituania*, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 155.

²⁵⁸ TEDH, *Vasiliauskas v. Lituania*, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 155.

²⁵⁹ TEDH, *Jorgic vs. Alemania*, N° 74613/01, 12 de octubre de 2007, párr. 113.

procura, esencialmente, rescatar la noción primigenia de dicho crimen y evitar la desnaturalización que implica la exclusión de los grupos políticos. Entendemos que, precisamente por ello, es que la sentencia adoptada por el TEDH en el caso Vasiliauskas -que terminó cuestionando la calificación como genocidio que habían realizado los tribunales lituanos-, no se concentra en esta condición, sino en el segundo de los estándares consignados -es decir, el principio de previsibilidad, al que seguidamente aludiremos-.

Y es que dicho principio sí parece imponer mayores restricciones a los Tribunales a la hora de incorporar aquella conceptualización. Como se anticipó, fue sobre la base de esa condición que el TEDH consideró que la calificación como genocidio del homicidio de los partisanos resultaba inconvencional. En concreto, el Tribunal consideró que a la época de comisión de tales hechos (1953) no era previsible que el término “en parte” fuera interpretado del modo en que proponían las sentencias nacionales adoptadas en Lituania. Valga recordar que en dicho caso se había postulado que la eliminación física de tales partisanos podía ser considerada al amparo de la noción de exterminio parcial de un grupo nacional, bajo la premisa de que aquellos representaban un grupo *prominente* de aquel colectivo. Sin embargo, el TEDH consideró que, aun cuando la *prominencia* sería efectivamente considerada con posterioridad por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (particularmente el de Ruanda y la Ex Yugoslavia) como factor relevante para definir el concepto de “*parte*” del grupo nacional, este desarrollo no era previsible al momento en que los hechos habían sido llevados a cabo, época para la cual la noción de parte se encontraba relacionada con un factor más cuantitativo -en tanto número o cantidad *sustancial* del grupo-²⁶⁰. Por ello, el Tribunal concluyó, ni siquiera con asistencia letrada, los acusados podrían haber previsto que su conducta pudiera ser calificada como genocidio, en los términos considerados por los tribunales lituanos²⁶¹.

Ahora bien, si trasladamos tales razonamientos a los hechos que constituyen el objeto de nuestra investigación (y sin necesidad de examinar aquí la pertinencia del valor que el TEDH asigna a la asistencia letrada al evaluar las posibilidades de previsión), parece claro que difícilmente pueda postularse que para la época en que se perpetraron los hechos en nuestro país era previsible que la eliminación políticamente motivada pudiese ser calificada como genocidio al amparo de la

²⁶⁰ TEDH, Vasiliauskas v. Lituania, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párr. 176/178.

²⁶¹ TEDH, Vasiliauskas v. Lituania, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015, párrs. 179/186.

noción de destrucción parcial de un grupo nacional, particularmente cuando los colectivos políticos habían sido deliberadamente excluidos de los instrumentos internacionales.

Sin embargo, esto no significa que ese nivel de previsibilidad no pueda ser satisfecho a medida que aquella conceptualización se consolida. Y en tal sentido, entendemos que el avance de las corrientes doctrinarias que propician esta interpretación, como así también de las reformas normativas nacionales que han comenzado a brindar protección a los grupos políticos, propenden, progresivamente, a la satisfacción del nivel de previsibilidad exigido por el derecho internacional de los derechos humanos. En otras palabras, y aun cuando no hace directamente a nuestro objeto de estudio, advertimos que si hoy se perpetraren hechos de tales características, los márgenes de previsibilidad en torno a su eventual calificación como genocidio serían mucho mayores, por lo que su ponderación a la luz de principio de legalidad podría potencialmente considerarse superada.

Y si bien es claro que ninguna decisión judicial que se adopte en torno a hechos ocurridos hace cincuenta años podrá derivar efectos punitivos de aquella interpretación (en tanto para entonces, no era previsible), aún podría tomarla en consideración con un sentido diverso al estrictamente sancionatorio, aspecto sobre el que volveremos luego. Y de así hacerlo, claramente contribuiría al progresivo desarrollo de esta posición y, con ella, al incremento de la previsibilidad exigida.

- iii. Por último, si se tiene en cuenta que aquí nos estamos enfocando en las posibilidades de una interpretación estrictamente convencional, pues entonces es importante de determinar cuáles serían los órganos jurisdiccionales con competencia para establecerla al amparo de los respectivos tratados.

En el caso de los Estatutos de los Tribunales Internacionales, es claro que son tales órganos los únicos que podrían propiciar una interpretación de tal tenor, teniendo en cuenta que en ellos radica la competencia estatutaria respectiva. En otras palabras, es evidente que los tipos penales definidos por instrumentos cuyo objeto es, precisamente, establecer el ámbito de actuación de los Tribunales vinculados a ellos, sólo pueden ser interpretados y precisados por tales órganos en el marco de sus respectivas actividades jurisdiccionales.

Sin embargo, advertimos que la cuestión es más compleja en el caso de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Y es que dicho instrumento, que no constituye ya un Estatuto dirigido a delimitar el

ámbito de competencia de determinado Tribunal, prevé la posibilidad de ser aplicado, entre otros, por las propias autoridades jurisdiccionales de los países signatarios, con lo cual cabe preguntarse si los jueces locales podrían propiciar la conceptualización aquí analizada al interpretar los tipos penales allí definidos (valga aclarar que si bien esta determinación podría ubicarse también en el apartado subsiguiente -destinado al escenario nacional-, será establecida aquí a efectos de unificar, por razones expositivas, todo lo relativo a las posibilidades de interpretación convencional que están siendo tratadas en este acápite).

En efecto, la citada Convención prevé la intervención de órganos jurisdiccionales diversos, esto es: la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia y los Tribunales locales. En lo que hace a la Corte Internacional de Justicia, la Convención le asigna intervención con respecto a las controversias que pudieren surgir torno a su interpretación, aplicación o ejecución -incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III- (art. IX). En cuanto a los tribunales locales de los países signatarios y a la Corte Penal Internacional, les reconoce jurisdicción para juzgar a quienes fueran acusados por genocidio o por los demás actos enumerados en ese instrumento (art. VI).

Ahora bien, si nos enfocamos en las posibilidades de actuación que tienen los jueces locales, entendemos que ellos pueden operar sobre la base de dos alternativas normativas: o bien en el marco de la legislación penal que cada Estado pudiere adoptar a la luz de la Convención (conforme lo prevé el art. V de ese instrumento); o bien -en ausencia de normativa local que tipifique al genocidio- al amparo del propio tratado en tanto fuente directa.

Y en lo que hace a último supuesto, que es el que aquí nos interesa, es claro que si los jueces locales de un Estado signatario procuraren invocar en forma directa dicho tratado para derivar de él cualquier tipo de consecuencia punitiva -vgr. la imprescriptibilidad-, estarán siempre limitados por las restricciones que impone el principio de legalidad. Esto significa que, si al así invocarlo, pretenden realizar una interpretación ampliatoria del grupo nacional en los términos aquí expuestos, esta sólo será admisible si se ajusta al principio de previsibilidad al que antes aludimos.

3.2.2.2.2. Escenario nacional

Si se tiene en cuenta que, al aplicar derecho internacional, los jueces locales están obligados a operar sobre el marco de las fuentes normativas propias de aquel ámbito,

pues entonces, para propiciar una conceptualización ampliatoria del grupo nacional en los términos aquí propuestos, deberán apoyarse en una costumbre o en un tratado internacional que así lo establezca. Por lo demás, en esa hipótesis, estarán condicionados, como dijimos, por los límites que impone el principio de legalidad.

En definitiva, y conforme la estructura que hemos sistematizado, no parece posible que, al menos en el ámbito estrictamente sancionatorio del sistema penal, la justicia local pueda realizar una interpretación expansiva del grupo nacional en torno a los hechos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar de nuestro país, cuestión sobre la que volveremos al establecer nuestra posición final sobre el tema.

No obstante, esto no implica que los tribunales domésticos estén impedidos, en términos absolutos, de proyectar hacia hechos del pasado una conceptualización de genocidio que permita abarcar escenarios de exterminio motivados en razones políticas. Precisamente, el objetivo final de esta investigación es también dirimir si, con algún sentido diverso al estrictamente punitivo, ello puede ser plausible e, incluso, si puede tornarse ineludible.

A tales efectos, y en lo que sigue, procuraremos establecer si las obligaciones que surgen del derecho internacional de los derechos humanos en materia de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, pueden incidir sobre esta cuestión.

3.3. El plano no sancionatorio: las obligaciones de investigar, sancionar y reparar violaciones a los Derechos Humanos y su incidencia sobre los procesos de investigación y juzgamiento locales.

Como se anticipó, relevar cuales son las obligaciones que pesan sobre los Estados en materia de investigación, sanción y reparación de violaciones a los Derechos Humanos, particularmente cuando tales infracciones se producen por la comisión de crímenes internacionales, resulta ineludible para determinar luego si aquellos deberes pueden o no tener incidencia sobre el modo en que la justicia local desarrolla el juzgamiento de tales conductas y, más específicamente, si pueden tener entidad para condicionar las formas en que esta conceptualiza esos fenómenos criminales, particularmente desde un plano diverso al estrictamente sancionatorio del sistema penal.

No desconocemos que, *prima facie*, la calificación de determinados hechos delictivos bajo alguna de las categorías de crímenes internacionales corresponde a la órbita del Derecho Penal -centrada, por definición, en la responsabilidad individual-, y por lo tanto no será, en principio, objeto de definiciones directas y lineales por parte de los Sistemas

Internacionales de protección de Derechos Humanos, enfocados en la responsabilidad estatal.

Sin embargo, esta delimitación no supone que se esté frente a compartimentos estancos. Por el contrario, no existen objeciones para que la Corte Interamericana, sin ingresar -por supuesto- en la determinación de responsabilidades individuales, pueda pronunciarse en el marco de su competencia sobre el contexto en el que son perpetrados determinados delitos internacionales, precisamente porque ese contexto traduce elementos que sí corresponden a la órbita de análisis referida a la responsabilidad estatal. Este último parece ser el criterio bajo el cual ha transitado la jurisprudencia de la Corte IDH, no sólo porque dicho Tribunal ha ingresado reiteradamente en el análisis directo de al menos parte de las consecuencias jurídicas que proyectan estas categorías penales²⁶², sino porque incluso, lisa y llanamente, ha calificado determinados hechos como crímenes contra la humanidad²⁶³.

Entendemos que ello supone la superación de posición más rígidas sostenidas en otras oportunidades por la propia Corte IDH, como ocurriera en el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, en el que rechazó un pedido de la CIDH y de la representación de las víctimas dirigido a que se calificaran determinados hechos como genocidio, por entender que dicho pronunciamiento no correspondía a la órbita de su competencia contenciosa -que en esa ocasión entendió estrictamente limitada a la declaración de violaciones a la Convención Americana y demás tratados que le confieren esa competencia²⁶⁴-.

²⁶² Así, sólo por poner un ejemplo, en el caso *Herzog vs. Brasil*, se refirió a la imposibilidad de adoptar amnistías que traduzcan la impunidad de estos crímenes internacionales, sosteniendo que “*el Derecho Internacional Humanitario justifica la emisión de leyes de amnistía (...) para posibilitar el retorno a la paz, siempre y cuando no cobijen los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, los cuáles no pueden quedar en la impunidad*”. Corte IDH. Caso *Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 280.

²⁶³ Así lo hizo en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el que dedicó un apartado específico a determinar si efectivamente la ejecución extrajudicial de la víctima debía ser calificada como crimen de lesa humanidad, concluyendo que: “*en vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad*”. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 104.

²⁶⁴ Concretamente, expresó que “*(e)n relación con el tema de genocidio al que aludieron tanto la Comisión como los representantes de las víctimas y sus familiares, la Corte hace notar que en materia contenciosa sólo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren. No obstante, hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en*

Ahora bien, tal como seguidamente indicaremos, y más allá de la cuestión en torno a si la Corte IDH -al examinar la responsabilidad internacional de un Estado en el marco de su competencia contenciosa- puede o no calificar determinados hechos bajo alguna de las categorías de crímenes internacionales (vgr. crímenes de lesa humanidad o genocidio), nos interesa determinar aquí si las obligaciones que emergen de los compromisos internacionales asumidos en materia de Derechos Humanos pueden incidir sobre el modo en que la justicia local debe concretar dicha calificación.

Y a este respecto, lo primero que puede advertirse es que, como es sabido, una de las obligaciones inherentes a la responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos es el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias en que tales violaciones se llevaron a cabo, particularmente cuando tales infracciones se vinculan con la comisión de ilícitos penales que en forma directa o indirecta son atribuibles al Estado.

Pues bien, si se tiene en cuenta que, para los sistemas de administración de justicia domésticos, escoger entre diversas calificaciones posibles frente a un delito puede implicar reconocer significancia jurídica a determinados extremos fácticos y no a otros, entonces resulta claro que, al menos potencialmente, dicha operación puede suponer el descarte de ciertos sucesos cuya constatación y consideración puede resultar ineludible para el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Llevándolo al plano del genocidio, cabe preguntarse si esto podría ocurrir, por ejemplo, con la finalidad de exterminio que caracteriza a dicho delito. En tal sentido, corresponderá aquí precisar si el hecho de escoger exclusivamente una calificación que no pondere dicho extremo -vgr. la de crímenes contra la humanidad-, puede o no suponer algún tipo de infracción a los deberes de investigar y sancionar adecuadamente determinado fenómeno criminal.

En suma, resulta ineludible relevar el alcance de los deberes de investigar, sancionar y reparar que surgen del derecho internacional de los derechos humanos a efectos de verificar luego si pueden o no tener impacto sobre la delimitación que la justicia argentina debe realizar en torno a los hechos abarcados por nuestro objeto de estudio. A tales efectos, delimitaremos primeramente su contenido, especificando aquellos estándares que pueden incidir directamente sobre nuestro objeto de estudio, para luego dirimir hasta qué punto el sistema de administración de justicia local se encuentra obligado por esos parámetros.

cuenta al momento de resolver sobre reparaciones". Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 51.

3.3.1. El contenido de dichos deberes conforme la jurisprudencia internacional.

En lo que sigue, y sin pretensiones de exhaustividad, relevaremos algunas de las premisas que la Corte IDH ha ido estableciendo al delimitar el alcance y proyección de estas obligaciones, que advertimos resultan de especial relevancia para el objetivo que nos hemos propuesto. Nos enfocaremos, concretamente, en el contenido específico que estos deberes tienen cuando se está frente a graves violaciones a los Derechos Humanos, y en el alcance del denominado Derecho a la Verdad.

3.3.1.1. El contenido específico de los deberes de investigar, sancionar y reparar en supuestos de graves violaciones a los Derechos Humanos

En términos generales, se ha indicado que *“la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos (...) adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”*²⁶⁵. También ha señalado que *“(e)n casos de graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”*²⁶⁶. Por su parte, y en lo que hace al deber de reparar, la jurisprudencia también ha establecido una relación directa entre el alcance de tales obligaciones y la intensidad de las violaciones perpetradas²⁶⁷.

En cuando al tipo de violaciones respecto de las cuales se han consignado estos deberes *intensificados* de investigación, sanción y reparación, no resulta preciso ingresar aquí en mayor detalle, en tanto está fuera de toda duda que los hechos cuyo juzgamiento constituye nuestro objeto de estudio claramente pertenecen a la categoría

²⁶⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 217; Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. entre otros.

²⁶⁶ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 127; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 145,

²⁶⁷ A título meramente ejemplificativo pueden verse los casos: Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 10; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148; Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

de graves violaciones a los Derechos Humanos -sea que se califiquen como genocidio o que se lo haga como crímenes de lesa humanidad-. Con más razón cuando la misma Corte IDH ha considerado como violaciones graves de derechos humanos delitos que no alcanzan a constituir crímenes internacionales -vgr. torturas, desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales analizadas fuera de contextos de sistematicidad o en ausencia de otros elementos definitorios de estos tipos penales internacionales-²⁶⁸.

Por último, y antes de pasar a examinar los estándares que en concreto se han sistematizado en torno a los deberes de investigar y sancionar violaciones particularmente graves de derechos humanos, valga aclarar que no desconocemos que algunos de los casos en que se han trazado dichos parámetros -diferenciados a partir de la gravedad de los hechos- son aquellos en los que se ha aludido al concepto de la denominada *responsabilidad agravada del Estado* o a premisas similares (*impacto agravado* de los hechos o *violaciones agravadas*, según el caso)²⁶⁹. Sin embargo, no profundizaremos al respecto en tanto resulta claro que la relación establecida por la Corte entre la gravedad de los hechos y el alcance de los deberes de investigar, sancionar y reparar no se circunscribe a dichos supuestos, sino que se vincula, de modo general, con toda violación grave a los derechos humanos. Por idéntico motivo, tampoco profundizaremos sobre los diversos matices que dicho concepto ha registrado en la jurisprudencia y la doctrina (vgr. si supone dar lugar a la culpa -o intención- estatal como criterio de atribución; si efectivamente se trata de una responsabilidad más intensa o si la gravedad se vincula con los hechos y no con la responsabilidad estatal; si la constatación de esa responsabilidad puede implicar, en materia de reparaciones, consecuencias ejemplificadoras o de carácter punitivo para los Estados; etc.²⁷⁰).

²⁶⁸ A título meramente ilustrativo, se puede hacer referencia al caso *Bulacio vs. Argentina* (Corte IDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100).

²⁶⁹ Hacemos referencia a tales expresiones, no por un purismo terminológico, sino porque todas se vinculan con un concepto que, tal como indicaremos más adelante, no ha estado libre de controversias. Así, mientras que, por ejemplo, en el Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* la Corte no aludió expresamente a un agravamiento de la *responsabilidad* como tal, sino más bien a un *impacto agravado* de los hechos, en algunos casos -como *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, por ejemplo- se refirió a *violaciones agravadas* y en otros aludió, en forma directa, a una *responsabilidad internacional agravada* -vgr. caso *Myrna Mack, Masacres de Ituango vs. Colombia, La Cantuta vs. Perú*, entre otros-. Véanse, entre otros: Corte IDH. Caso *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 51; Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 241; Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 139; Corte IDH. Caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 246; Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 115 y 116.

²⁷⁰ Así, pueden verse posiciones divergentes entre los razonamientos propiciados, por ejemplo, por los entonces magistrados de la Corte IDH, Antonio Augusto Cançado Trindade y Sergio García Ramírez (véanse particularmente los votos razonados emitidos por cada uno en las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* y *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, como también el emitido por el

Aclarado lo anterior, veamos cuáles son algunos de los estándares que la Corte IDH ha delimitado al dar contenido de estos deberes frente a casos violaciones a los derechos humanos particularmente intensas.

En lo que hace a las obligaciones de investigar y sancionar, por su relevancia respecto al objeto de esta investigación, valga referir al menos los siguientes:

- a. Determinación de patrones sistemáticos: la Corte IDH se ha referido a este extremo en diversas oportunidades. En tal sentido, ha señalado que deben adoptarse *“todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos”*²⁷¹.

A la vez, y como es evidente, es al sistema de administración de justicia a quien cabe la responsabilidad primaria en la determinación de estos extremos, a lo que expresamente se ha referido a la Corte al señalar que *“el Estado deberá asegurar que las autoridades encargadas de la investigación tomen en cuenta los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos”*²⁷².

- b. Determinación del contexto de comisión de los hechos: relacionado con lo anterior, la Corte IDH ha referido que la determinación del contexto en que se perpetraron los crímenes resulta también inherente a los deberes de investigación y sanción. Así, por ejemplo, ha señalado que *“el juez, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de*

segundo de tales magistrados en el caso Goiburú y otros Vs. Paraguay). Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Corte IDH Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; Corte IDH Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116 y Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

A mayor abundamiento, puede verse: Silvina S. González Napolitano, Jorgelina E. Mendicoa, Lucía I. Gómez Fernández E., Mariela Aisenstein, Aldana Rohr, Renzo Lavin, Alan Vogelfanger, y otros, La responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general (Primera Edición ed., Buenos Aires: Avellaneda: SGN Editora, 2013), 17 y ss.

²⁷¹ Entre muchos otros: Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 156; Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 120; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 154

²⁷² Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 78; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 166; Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 146, Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 257, entre otros.

*manera que tome en cuenta los hechos denunciados y su contexto para conducir el proceso de la forma más diligente para lograr determinar lo sucedido y establecer las responsabilidades y reparaciones del caso*²⁷³.

Incluso, la relevancia del contexto es tal, que la Corte IDH ha ingresado específicamente en la delimitación de determinados contextos para analizar la responsabilidad internacional. Un ejemplo de esto último es lo sucedido en el caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, en el cual dicho extremo fue incluso intensamente discutido por las partes y objeto de especial análisis por el Tribunal -a título ilustrativo, valga recordar que expresamente señaló que *“en aras de establecer cuáles son las causas que generan la responsabilidad internacional en el presente caso, la Corte analizará el contexto en que ocurrieron los hechos*²⁷⁴-.

- c. Indagación sobre el móvil (de la acción criminal): este aspecto fue señalado como parte del contenido del deber de investigar en el caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia. Allí la Corte IDH indicó que *“para examinar la debida diligencia en la determinación de todos los responsables por la masacre de La Rochela, la Corte estima pertinente tomar en cuenta los factores indicados (...) en relación con: el número de personas que participaron en la masacre, la cooperación y aquiescencia de agentes estatales, el móvil de la masacre (...)*²⁷⁵”. En otras palabras, toda vez que en dicho caso ese extremo era relevante, fue considerado parte de la debida diligencia exigible por la Corte.
- d. Determinación de las estructuras involucradas en la acción delictiva: la Corte IDH se refirió a este aspecto en el caso Cepeda Vargas vs. Colombia, vinculado con la ejecución extrajudicial de la víctima, en el que además se refirió también a la relevancia de otros de los elementos que antes han sido consignados (como el contexto, por ejemplo)-. Allí señaló que *“en casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias (...), (d)e tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial (...) sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en*

²⁷³ Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 78.

²⁷⁴ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 77.

²⁷⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 157.

*cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación*²⁷⁶. Posteriormente, reiteró este mismo criterio en un caso de desaparición forzada -García y Familiares vs. Guatemala-²⁷⁷ y poco tiempo después en un caso que involucraba privaciones de libertad y torturas -Maldonado Vargas y otros vs. Chile²⁷⁸.-

A la vez, en el caso de la Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, si bien aclaró que en principio *“no corresponde a la Corte analizar las hipótesis de autoría manejadas durante la investigación de los hechos y en consecuencia determinar responsabilidades individuales, cuya definición compete a los tribunales penales internos”*, volvió a dejar en claro que *“no obstante (...), en casos como el presente, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias”*²⁷⁹.

En definitiva, como adelantamos, cabrá luego determinar si estas premisas, exigibles en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, pueden tener incidencia en nuestro objeto de estudio y, concretamente, definir si impactan -y en ese caso, con qué alcance- sobre la eventual obligación de determinar ciertos extremos fácticos que se encuentran involucrados en la consideración como genocidio de los hechos ocurridos en Argentina en el contexto de la última dictadura militar.

En lo que hace al deber de reparar, destacan aquellas medidas de satisfacción de alcance general y las garantías de no repetición, particularmente consideradas por la Corte IDH en casos de notable envergadura²⁸⁰, extremo que resultará relevante a los efectos de esta investigación, en tanto es justamente el ámbito estrictamente simbólico -y sin pretensiones punitivas- uno de los modos posibles de incorporación del concepto de genocidio que debemos ponderar. Por lo tanto, precisar si ese tipo de reparaciones pueden resultar ineludibles frente a violaciones de determinadas características, resulta

²⁷⁶ Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 118.

²⁷⁷ Corte IDH. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 148

²⁷⁸ Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 104.

²⁷⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 258.

²⁸⁰ A título meramente ilustrativo: Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 236-237; Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párrs. 31-32; Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párrs. 77-78.

imprescindible a efectos de verificar si de allí pueden surgir obligaciones específicas para el sistema de administración de justicia local en torno al tema.

3.3.1.2. *El derecho a la verdad*

3.3.1.2.1. Su relevancia para el objeto de nuestra investigación

Como puede advertirse, se trata de un concepto de importancia a los efectos de nuestra investigación, toda vez que su postulación central supone la necesidad de determinar la verdad de lo sucedido en el marco de graves violaciones a los derechos humanos, con independencia de las posibilidades de persecución y sanción penal.

Esta idea puede ser determinante para eventualmente analizar si aquella conceptualización de genocidio que ha sido examinada, y cuya incorporación en términos estrictamente sancionatorios no resultaría *prima facie* viable en el proceso de juzgamiento de nuestro país, podría aún ser aún tomada en consideración desde una perspectiva del derecho a la verdad.

Este concepto no es desconocido para nuestro orden jurídico. Fue de particular importancia en nuestro país cuando aún regían las denominadas leyes de impunidad y la persecución penal de los crímenes perpetrados en el contexto de la última dictadura militar se encontraba paralizada. Precisamente por ello, en el año 2000, Víctor Abramovich y Christian Courtis lo destacaban como *“uno de los desarrollos más recientes en materia de investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas en la pasada dictadura”*, definiéndolo como *“el derecho de familiares de personas desaparecidas a conocer el destino de éstas, independientemente de las posibilidades de persecución penal”*²⁸¹.

Este derecho se extendería posteriormente más allá de los casos vinculados con desapariciones forzadas de personas y daría lugar a los denominados juicios por la verdad²⁸².

Entre las referencias ineludibles de este proceso debe mencionarse la investigación impulsada por Emilio Mignone –cuya hija, Mónica, había desaparecido en el marco del accionar represivo estatal- y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en la

²⁸¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El acceso a la información como derecho - Anuario de Derecho a la Comunicación* (Año 1 Vol. 1, Buenos Aires: Siglo XXI, 2000).

²⁸² Un análisis y reseña sobre los juicios por la verdad puede verse en una publicación previa de nuestra autoría. Véase: Daniel E. Rodríguez Infante, «Transformación institucional y juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad. Ponencia Mendoza.» (2017). <https://bdigital.uncu.edu.ar/10260>. (Último acceso: 25 marzo 2022), 9-10.

causa vinculada con el CCD que funcionó bajo la órbita de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), como así también el proceso articulado también por el CELS en acompañamiento de Carmen Aguiar de Lapacó –madre de Alejandra Mónica, también desaparecida- por el aparato represivo estatal. A la vez, y a la par de estos trámites de naturaleza penal, se intentaban otros mecanismos procesales como habeas corpus o habeas data, también con la finalidad de procurar establecer la verdad sobre los hechos perpetrados²⁸³.

El caso Lapacó, tras un fallo adverso por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁸⁴, derivó en una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁸⁵, en cuyo marco se llegó a un acuerdo de Solución Amistosa²⁸⁶, en el cual el Estado reconoció la vigencia del derecho a la verdad y se comprometió, entre otras cosas, a gestionar la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el País llevaran a cabo estos procesos²⁸⁷.

Es suma, es claro que no resulta ajena a nuestra tradición jurídica local la actividad forense desarrollada en el ámbito penal, que se vincula con el derecho a la verdad, al margen de las cuestiones estrictamente sancionatorias.

3.3.1.2.2. Anclaje normativo

El valor de la verdad como uno de los objetivos fundamentales que debe perseguir toda investigación diligente frente a la comisión de graves violaciones a los derechos

²⁸³ Entre los precedentes que aquí podrían referirse, destaca el caso “Urteaga”, que logró tramitar con éxito a través del mecanismo de habeas data, y que encontró acogida favorable en la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación –que pocos meses antes había vedado la posibilidad de salvaguardar el derecho a la verdad por medio de los procesos penales en el caso “Lapacó” antes referido-. CSJN. “Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”. Fallos: 321:2767 (15/10/1998).

²⁸⁴ CSJN. “Suarez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. (causa 450). Aguiar de Lapacó Carmen s/recurso extraordinario”. S. 1085.LXXXI. Fallos: 321:2031 (13/8/1998).

²⁸⁵ CIDH. Informe N° 21/00, Caso 12.059 - Carmen Aguiar de Lapacó (Argentina). 29 de febrero de 2000.

²⁸⁶ La intervención del Sistema IDH como actor relevante para remover los reparos que el Sistema de Administración de Justicia ofrecía a este tipo de procesos ha sido destacada por Abramovich para ejemplificar cómo, en algunas situaciones, “*los gobiernos o los Congresos piden su intervención para contribuir a alcanzar consensos con otros poderes como la judicatura*”, toda vez que -según señala- los acuerdos de solución amistosa celebrados sobre este tema contribuyeron a comprometer la actuación del Sistema judicial local en su implementación. Véase: Víctor Abramovich, «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de Derechos Humanos,» *Revista Digital de Derechos Humanos Año I - N° 1* (2012): 46-47.

²⁸⁷ A mayor abundamiento, puede verse la experiencia de los Juicios por la Verdad ante la Cámara Federal de la Plata, en: Centro de Información Judicial. 2014. Cámara Federal de La Plata, Juicio por la verdad. 28 de noviembre. Último acceso: 25 de marzo de 2022. <https://www.cij.gov.ar/nota-14492-CAMARA-FEDERAL-DE-LA-PLATA---JUICIO-POR-LA-VERDAD.html>.

humanos ha sido reiteradamente enfatizado por la Corte IDH, incluso con independencia del desarrollo vinculado concretamente con el derecho a la verdad.

Así, por ejemplo, se ha indicado que *“(l)a investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos”*²⁸⁸. En similar sentido, y en forma constante, la Corte IDH ha manifestado que *“la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”*²⁸⁹.

En cuanto al concepto de derecho a la verdad propiamente dicho, ha sido establecido en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos a partir de su relación con los deberes de investigar y sancionar, con el derecho al debido proceso y la protección judicial, con la libertad de acceso a la información y con el alcance del concepto de reparación integral desarrollado por la Corte IDH. Así, se lo ha relacionado con los art. 1.1, 8, 25 y 13 de la CADH, como también con las obligaciones derivadas del art. 63.1 de ese instrumento.

De tal modo, y aun cuando no se encuentra expresamente recogido como tal en los tratados que integran el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos, existe un amplio desarrollo que ancla su exigibilidad en función de su estricta vinculación con diversas obligaciones convencionales. En tal sentido, el *“Informe sobre el Derecho a la Verdad en América”*, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que *“desde sus inicios tanto la CIDH como la Corte Interamericana han determinado el contenido del derecho a la verdad y las consecuentes obligaciones de los Estados a través del análisis integral de una serie de derechos establecidos tanto en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante*

²⁸⁸ Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 461; Corte IDH. Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360, párr. 182, entre otros.

²⁸⁹ Entre muchos otros: Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 237; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 94; Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 111; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 256; Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 148; Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

“Declaración Americana”) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “CADH”)”²⁹⁰.

Así, y sin pretensiones de exhaustividad, valga recordar que la Corte IDH se refirió por primera vez en forma expresa a este concepto en el caso *Bámaca Velázquez vs. Guatemala*, tras ser introducido -en sus alegatos- por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que afirmó que se trata de *“un derecho que tiene la sociedad y que surge como principio emergente del derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos y, en específico, de los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención Americana”*²⁹¹. Y si bien la Corte IDH no lo fundó en la misma diversidad de normas en que lo había sustentado la CIDH, dejó en claro su exigibilidad en términos convencionales, al señalar *“en las circunstancias del (...) caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”*²⁹², criterio que fue luego sostenido en forma reiterada²⁹³.

Por su parte, en el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, se estableció que *“si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso”*²⁹⁴.

También existen diversos ejemplos de su vinculación con el deber de reparar, como es el caso de lo establecido en el caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, en el que se expresó que *“el reconocimiento y el ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta constituyen un medio de reparación, (p)or lo tanto, en el presente caso, el derecho a conocer la verdad da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el*

²⁹⁰ CIDH, Derecho a la Verdad en las Américas (Versión final sujeta a actualización de diseño y diagramación); OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014, párr. 53.

²⁹¹ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 197.

²⁹² Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201.

²⁹³ Entre muchos otros: Corte IDH. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 62; Corte IDH. Caso *Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62; Corte IDH. Caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 80.

²⁹⁴ Corte IDH. Caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 265.

*Estado debe satisfacer*²⁹⁵, concepto que -valga mencionarlo- había sido ya establecido con una fórmula casi idéntica en el Caso Velásquez Rodríguez -aunque sin desarrollarlo aún, para entonces, como derecho a la verdad. En efecto, en su primer caso la Corte ya había señalado que *“el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”*²⁹⁶.

En suma, más allá de ciertas consideraciones técnicas referidas a la cuestión de su autonomía o su naturaleza implícita en determinadas normas convencionales²⁹⁷ -que no hacen al objeto de esta investigación-, lo cierto es que su exigibilidad ha sido claramente establecida en el extenso desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH.

Incluso, de forma más reciente, y a modo de síntesis sobre la cuestión, dicho Tribunal ha señalado que *“el cumplimiento del deber de los Estados de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos (...), configura no solo una obligación internacional, sino que provee elementos imprescindibles para consolidar una política integral en materias de derecho a la verdad, acceso a la justicia, medidas efectivas de reparación y garantías de no repetición. Así, los procesos judiciales dirigidos a esclarecer lo sucedido en contextos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos pueden propiciar un espacio de denuncia pública y rendición de cuentas por las arbitrariedades cometidas; fomentan la confianza de la sociedad en el régimen de legalidad y en la labor de sus autoridades, legitimando su actuación; permiten procesos de reconciliación social sobre la base del conocimiento de la verdad de lo sucedido y de la dignificación de las víctimas, y, en definitiva, fortalecen la cohesión colectiva y el Estado de derecho”*²⁹⁸.

²⁹⁵ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 244.

²⁹⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181.

²⁹⁷ En el caso Blanco Romero vs. Venezuela, la Corte IDH expresó que no constituye un derecho *autónomo* que debiera considerarse consagrado como tal en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, sino que se encuentra subsumido en los derechos de víctimas y familiares a obtener el esclarecimiento de los hechos en el marco de los deberes de investigación y sanción estatal. Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62.

²⁹⁸ Corte IDH. Caso familia Julien Grisonas vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. serie c número 473, párr. 165.

Por su parte, la CIDH, cuya competencia es más amplia que la de la Corte en tanto comprende a Estados que no han ratificado la CADH, ha reflejado esos mismos presupuestos normativos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²⁹⁹. Así, y con referencias a otros diversos pronunciamientos e instrumentos de Organismos Internacionales³⁰⁰, ha concluido que *“el derecho a la verdad se ha consolidado como una garantía establecida tanto en la Declaración Americana como en la Convención Americana”*³⁰¹.

3.3.1.2.3. Contenido y alcance

Se trata de una noción que comenzó a desarrollarse a partir del fenómeno criminal constituido por la desaparición forzada de personas y que se expandió luego a otras infracciones de particular gravedad. Al respecto, la CIDH ha señalado que comprende una doble dimensión: *“(e)n primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos (...); (e)n segundo lugar, se ha consolidado la noción que este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto (...), [en tanto] toda la sociedad tiene el “irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”*³⁰².

Ahora bien, entre los múltiples aspectos que pueden abordarse con relación a este concepto, procuraremos definir algunos que estimamos resultan de especial relevancia al objeto de nuestra investigación, particularmente -y tal como anticipamos- aquellos que suponen el esclarecimiento de los hechos más allá de sus consecuencias punitivas.

²⁹⁹ CIDH, Derecho a la Verdad en las Américas (Versión final sujeta a actualización de diseño y diagramación); OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014, párrs. 53, 68 y 69.

³⁰⁰ Entre otros, alude a los siguientes: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, párr. 8 (Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas); y Principio 9 de los “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, adoptados por el Consejo Económico y Social mediante Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989.

³⁰¹ CIDH, Derecho a la Verdad en las Américas (Versión final sujeta a actualización de diseño y diagramación); OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014, párr. 68.

³⁰² CIDH, Derecho a la Verdad en las Américas (Versión final sujeta a actualización de diseño y diagramación); OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014, párr. 68- 71 (documento en el cual, a la vez, se citan diversos casos e informes de la Corte IDH y de la CIDH, respectivamente).

Y si bien parte de tales premisas han sido establecidas con relación al rol o funciones de las denominadas comisiones de la verdad, ello será no obstante relevante a nuestro objeto de estudio en tanto, eventualmente, corresponderá definir si tales funciones pueden -o incluso deben- ser ejercidas por los propios Tribunales penales que tienen a su cargo el juzgamiento, frente a extremos fácticos de los que no puedan extraerse -por razones normativas- pretensiones punitivas.

En ese marco, hay dos cuestiones que nos interesan particularmente:

a) En primer término, resulta necesario enfatizar que los condicionamientos que puede experimentar la determinación de la verdad judicial no implican que la búsqueda de la verdad pueda resignarse, sino que -por el contrario- existe un deber que, sin sustituir al vinculado al juzgamiento, presupone avanzar de todos modos en el esclarecimiento de los hechos.

Así surge, por ejemplo, de lo sostenido por la Corte IDH en el caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, en el cual se indicó *“que los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Aun cuando estas comisiones no sustituyan la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales, la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen”*³⁰³.

b) En segundo lugar, la dimensión colectiva supone que, más allá de las consecuencias estrictamente punitivas de la determinación de la verdad, esta última -además de ser divulgada públicamente- debe abarcar extremos que hacen a la reconstrucción integral del pasado -algunos de los cuales fueron reseñados en los párrafos precedentes como parte del contenido del deber de investigar graves violaciones a los derechos humanos (vgr. el contexto, la indagación sobre los móviles de la acción criminal, la determinación de las estructuras, etc.)-. Así, y sólo a título de ejemplo, en el caso Gelman, la Corte IDH enmarcó en esta dimensión colectiva *“la*

³⁰³ Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 298.

determinación judicial de los patrones de actuación conjunta”, entre otros parámetros similares³⁰⁴.

En definitiva, existe un deber del Estado en profundizar sobre múltiples extremos que, aun cuando puedan integrar también la obligación de investigar, se vinculan concretamente con el derecho a la verdad y el acceso de la sociedad en su conjunto a esa reconstrucción amplia de los hechos perpetrados.

En tal sentido, la Corte IDH ha señalado que *“el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Resulta esencial para garantizar el derecho a la información y a conocer la verdad que los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos”*³⁰⁵.

3.3.2. La responsabilidad del sistema de administración de justicia y el control de convencionalidad.

Resta ahora determinar en qué medida el sistema de administración de justicia local se encuentra condicionado por las premisas hasta aquí reseñadas.

En lo que hace a los deberes de investigar, sancionar y reparar, la responsabilidad internacional del Estado se centra -no en forma exclusiva, pero sí protagónicamente- en sus estructuras vinculadas con el poder judicial. Es principalmente éste quien tiene a su cargo, en dicho aspecto, los compromisos internacionales que previamente han sido consignados. Así, es claro que *“(e)n el cumplimiento (o incumplimiento) de la obligación estatal de investigar, juzgar y, si es del caso, sancionar, la agencia judicial tiene un rol central, (t)anto es así que la Corte -como agencia judicial máxima de la región- ha conocido casos en que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado*

³⁰⁴ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 162.

³⁰⁵ Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 170. En similar sentido: Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 67.

*únicamente en razón de la conducta de sus jueces*³⁰⁶. Como contracara de ello, el sistema de administración de justicia podrá comprometer la responsabilidad internacional del Estado si incumple con estas obligaciones.

A su vez, es también el que tendrá a su cargo el cumplimiento de tales deberes una vez constatada la responsabilidad internacional en determinado caso.

Por ello, al guiar sus acciones, y a efectos de dar cabal cumplimiento a tales obligaciones internacionales, deberá tener bajo estricta consideración el denominado control de convencionalidad. Así, toda autoridad que integra el sistema de administración de justicia tiene el deber, al ejercer funciones jurisdiccionales que puedan comprometer derechos convencionales, de valorar cuáles son las obligaciones internacionales que rigen en la materia y conducir su conducta conforme a ello. Como se advierte, ello será relevante para nuestro objeto de estudio, en tanto contribuye a definir de qué modo las obligaciones que han sido consignadas en los apartados previos pueden -y eventualmente deben- condicionar las decisiones que se adopten en el proceso de juzgamiento que transita nuestro país.

Es precisamente este el aspecto que nos interesa relevar del control de convencionalidad. Es decir, aquellos extremos que permiten analizar *ex ante* la conducta exigible a las autoridades judiciales -en lugar de aquellos referidos al análisis posterior, correspondiente ya al ámbito de la responsabilidad internacional que eventualmente pudiere comprometerse en caso de constatarse déficits de envergadura suficiente para ello-³⁰⁷.

La Corte IDH ha señalado reiteradamente que *“cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana*³⁰⁸.

³⁰⁶ Alberto J. Lucchetti, «Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad,» de *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Ediar, 2008), 141.

³⁰⁷ Y es que, aún en la hipótesis de que nuestro estudio condujere a afirmar que hay aspectos del proceso de juzgamiento que pueden merecer algún ajuste o corrección, difícilmente tales déficits puedan generar algún tipo de responsabilidad en un trámite contencioso (como es sabido, el proceso de enjuiciamiento que Argentina ha llevado a cabo con relación a los atroces crímenes del pasado reciente constituyen un modelo a nivel mundial en la materia, sin perjuicio de los matices que se puedan formular con relación a determinados aspectos).

³⁰⁸ Entre otros, puede verse: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154,

Dicha tarea no sólo debe hacerse a la luz de lo establecido por los tratados, sino también en función de la interpretación la Corte IDH ha hecho al respecto³⁰⁹. En otras palabras, *“el material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos que integran el bloque jurídico básico en materia de protección de los derechos humanos y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH”*³¹⁰.

Por su parte, también la jurisprudencia nacional ha convalidado este deber que pesa sobre el sistema de administración de justicia. Sin necesidad de relevar aquí el extenso desarrollo que este concepto fue experimentando en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, baste con recordar que se consolidó claramente el fallo Mazzeo³¹¹, en el cual el máximo tribunal hizo propias las consideraciones del precedente Almonacid Arellano de la Corte IDH, y enfatizó las obligaciones que pesan sobre el poder judicial con relación al referido control de convencionalidad.

A la vez, y tal como ocurre en el ámbito del Sistema Interamericano, también los precedentes nacionales han dado cuenta de que el accionar del sistema judicial local no sólo debe ajustarse al contenido expreso de los tratados, sino también a la interpretación que de ellos realizan los organismos internacionales. Dicho criterio, ya establecido en *Ekmekdjian c/Sofovich*³¹², sería luego enfatizado en *Giroldi*³¹³, señalándose expresamente que *“la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”*.

párr. 124; Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128; Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; párr. 173 y Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78.

³⁰⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

³¹⁰ Víctor Bazán, «Capítulo Primero - La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado,» de *Vulneraciones a los Derechos Humanos - Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados* (Buenos Aires, Astrea, 2020), 31.

³¹¹ CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

³¹² CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

³¹³ CSJN. Giroldi Horacio David y otro s/recurso de casación -Causa N° 32. Fallos: 318:514. 07 de abril de 1995.

Más adelante, en el caso Bramajo³¹⁴, se reconoció similar valor a los informes de la Comisión Interamericana, al señalarse que también “*la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*”. Desde el campo internacional este proceso de reconocimiento ha sido conceptualizado como “*la constitucionalización del derecho internacional, en el sentido de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos*”³¹⁵.

Y si bien no desconocemos que los criterios hasta aquí consignados han experimentado retrocesos transitorios -el fallo Acosta³¹⁶ es un ejemplo (posteriormente superado por los casos Espósito³¹⁷, Simón³¹⁸ y Mazzeo³¹⁹) y sin dudas, lo es también el fallo Fontevecchia³²⁰ (igualmente *corregido* con posterioridad por la propia Corte³²¹)-,

³¹⁴ CSJN. Bramajo, Hernán J. s/incidente de excarcelación. Fallos 319:1840. 12 de septiembre de 1996.

³¹⁵ Susana Albanese, «La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional,» de *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Ediar, 2008, 16.

³¹⁶ CSJN. Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus. Fallos 321:3555. 22 de diciembre de 1998.

³¹⁷ CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-. Fallos: 327:5668. 23 de diciembre de 2004.

³¹⁸ CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005.

³¹⁹ CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

³²⁰ CSJN. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fallos: 340:47. 14 de febrero de 2017.

³²¹ En efecto, valga recordar que tras el citado fallo de la Corte Nacional, la Corte IDH dictó una resolución en el caso en trámite ante el Sistema Interamericano, con fecha 18 de octubre de 2017, en la cual, entre otras cuestiones, no sólo declaraba que el caso interamericano debía seguir abierto -precisamente porque se encontraba incumplido, entre otros, uno de los puntos de la condena impuesta contra nuestro país, que implicaba “*dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico*” (condena civil que había sido convalidada tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y a cuya revocatoria se había negado el Máximo Tribunal Nacional en el fallo de 14 de febrero de 2017 antes aludido), sino que además le recordaba al Estado argentino diversas cuestiones elementales que hacen al ámbito del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En tal sentido, la referida resolución del Tribunal Interamericano no sólo releva nociones básicas como el *pacta sunt servanda*, la obligatoriedad de cumplir con sus sentencias y la imposibilidad de alegar cuestiones de derecho interno para negarse a ello, sino que además, y en lo que resulta aquí de mayor relevancia, le explica al Estado (e indirectamente a la Corte Suprema Argentina) que el cumplimiento de su sentencia podía ser satisfecho de diversos modos e incluso, en ese punto, le brinda diversos ejemplos o alternativas mediante las cuales aquella condena civil podía ser *dejada sin efecto* (por modos diversos a una revisión judicial de la sentencia), sin necesidad de revocarla, dejando así en evidencia otro de los múltiples déficits técnicos de los que adolece el cuestionado fallo nacional. Véase: Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017.

Y es precisamente tras aquella resolución que la Corte Nacional adopta su propia decisión en el marco del caso nacional, mediante la cual dispone que junto al registro de su sentencia del año 2001 (por la cual se había convalidado la condena civil contra las víctimas del caso interamericano) se disponga una anotación marginal indicando que aquella “*fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos*

entendemos las premisas que respaldan esta posición se encuentran consolidadas, sin perjuicio de los ocasionales embates que desde ciertos sectores se propicien³²².

Humanos por la Corte Interamericana". Véase: CSJN. Resolución N° 4015/17 (ESC/4218/2017), Expte. N° 4239/12. 5 de diciembre de 2017.

En definitiva, y aun cuando en la citada resolución la Corte Nacional no rectifica expresamente las múltiples y equívocas consideraciones realizadas en su fallo de febrero de 2017 (e incluso llega a afirmar que la aclaración realizada por la Corte IDH en torno a la revocatoria "*es plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento de fecha 14 de febrero de 2017*" -pasando por alto las demás consideraciones realizadas por el Tribunal que confrontan claramente con los criterios de la Corte Nacional-), lo cierto es que termina por dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en el caso bajo análisis.

³²² Si bien un análisis más exhaustivo sobre este punto escapa al objeto de esta investigación, baste aquí con señalar que, más allá del retroceso que el precedente *Fontevicchia* plantea en torno al reconocimiento del valor de las decisiones adoptadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo cierto es que dicho fallo nacional no desconoce frontalmente la obligación que pesa sobre el sistema de administración de justicia nacional con respecto al control de convencionalidad al que se refiere este apartado.

Ello no implica, por supuesto, que no tenga incidencia tangencial sobre el contenido de dicho control, en la medida en que, si se sigue el criterio sostenido por aquella sentencia, podría interpretarse que ciertas obligaciones internacionales deberían ceder cuando ellas comprometen principios de derecho público nacional establecidos por la Constitución Nacional. Como se ha sostenido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación "sienta un precedente problemático, al autoerigirse en "*censor*" de los pronunciamientos de la Corte IDH, cuando carece de atribuciones para ello (...), (e)l decisorio del alto tribunal supone desoír principios básicos de derechos internacional, como el *pacta sunt servanda*, el principio de buena fe y la imposibilidad de alegar el derecho interno para dejar de cumplir una obligación impuesta". Véase: Víctor Bazán, «Capítulo Primero - La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado,» de *Vulneraciones a los Derechos Humanos - Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados* (Buenos Aires, Astrea, 2020), 45.

Además de lo aquí dicho, y de lo sostenido en la nota al pie precedente, puede verse una sólida crítica a la posición de la CSJN en este caso en: Víctor Abramovich, Comentarios sobre el caso *Fontevicchia*, La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino (Buenos Aires: Centro de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de Planificaciones y Políticas Públicas, Universidad Nacional de Lanús, 2017).

Estoy como esperando en cada juicio algo de información, me conmueve esto, saber de esto, que hay más razones para poder acercarnos a esta sensación de justicia, estoy siguiendo el juicio de Miriam y veo tanta información, me alegra que mi testimonio y el de muchos más hagan que podamos sentir que podemos cerrar estas heridas que aún quedan abiertas, tener algo más certero sobre qué pasó con ellos, cuándo y dónde nació, si pude estar con mi mamá un tiempo, dónde los llevaron.

Claudia Domínguez. Nieta recuperada. Nacida durante el cautiverio de su madre, Gladys Castro, desaparecida, al igual que su padre, Walter Domínguez. "Miriam", a quien se refiere en su relato, es otra nieta recuperada, cuyos padres se encuentran también desaparecidos. Testimonio brindado en el juicio contra integrantes del Destacamento de Inteligencia del Ejército, Fuerza Aérea y Policía provincial en la Provincia de Mendoza. Audiencia del 6 de agosto del 20201.

4. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

4.1. Introducción

Una última cuestión a examinar en forma previa a tomar posición sobre nuestro objeto de estudio, es el tratamiento que le han dado los tribunales nacionales a la figura de genocidio, particularmente -aunque no exclusivamente- en aquellos procesos vinculados con delitos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar. Ello no sólo será de utilidad para verificar cualquier aporte que pudiere de allí surgir para nuestro análisis, sino que además se torna ineludible para, una vez dirimidas las posibilidades concretas de incorporar esa figura en el juzgamiento de los hechos que nos ocupan, definir cuáles de las variables consideradas por la jurisprudencia nacional en esta temática pueden o no válidamente tenidas en cuenta.

En lo que sigue procuraremos sistematizar esta jurisprudencia, explicitando las imprecisiones que advertimos y dando cuenta también de los aciertos.

Valga adelantar que en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicho concepto ha sido, en términos generales, tratado de forma imprecisa e incluso confundido o equiparado con otros conceptos del derecho penal internacional. Mayores precisiones se observarán en al menos parte de los casos resueltos por la Cámara Federal de Casación Penal y por los Tribunales Orales.

4.2. Aspectos metodológicos

En cuanto al universo de fallos analizados, se examinarán decisiones emitidas por la Corte Suprema, por la Cámara de Casación y por los Tribunales Orales, conforme los siguientes criterios de selección:

1. En el caso de los dos primeros niveles –CSJN y CFCP-, el análisis será prácticamente exhaustivo, en tanto abarcará todos los casos –al menos todos los que pudieron ser hallados en el marco de esta investigación- en los que tales tribunales se han referido de algún modo al concepto o figura de genocidio –sólo se excluyen aquellos supuestos en los que la referencia es absolutamente irrelevante (ejemplo, por estar simplemente mencionada la palabra “genocidio” con referencia a un tratado internacional, o en algún otro tipo de cita carente de desarrollo alguno al respecto)-. Valga aclarar que universo de fallos examinados no se limita a los expedientes vinculados al juzgamiento de crímenes cometidos en el contexto de la última dictadura militar –aunque este grupo conforma la mayoría de casos-, sino a cualquier otro expediente en el que se haya hecho referencia de modo más o menos relevante a aquel concepto.
2. En el caso de los Tribunales Orales, se abordarán –en principio- los fallos emitidos en los expedientes referidos en el punto anterior (es decir, aquellos que fueron luego examinados por la CFCP o por la CSJN, con alguna referencia a la cuestión), a los que se agregarán, en forma autónoma, algunas sentencias emitidas por Tribunales Orales que han sido consideradas relevantes en esta temática, más allá de sus instancias de revisión.

4.3. Los casos que llegaron a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El caso Priebke (2 de noviembre de 1995)³²³.

Como es sabido, en dicho caso la CSJN resolvió el pedido de extradición formulado por la República de Italia contra Erich Priebke, a quien se adjudicaba responsabilidad penal por la denominada masacre de las Fosas Ardeatinas, en cuyo marco 335 personas de ese país habían sido asesinadas a manos de las tropas de ocupación nazis. El pedido, inicialmente acogido por el Juzgado Federal de Bariloche, había sido rechazado luego

³²³ CSJN, Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94. P. 457. XXXI. 02/11/1995. Fallos: 318:2148.

por la Cámara de Apelaciones de General Roca, tras lo cual llegó finalmente a instancias del Máximo Tribunal –que revocó esta última decisión e hizo lugar a la extradición-.

En ciertos tramos, el voto de la mayoría parece equiparar la figura de genocidio con la de crímenes contra la humanidad, en tanto alterna entre una y otra sin mayores precisiones. Y si bien podría indicar la adscripción, por parte de la Corte, a la conceptualización que enmarca al genocidio como una figura agravada de los crímenes contra la humanidad, ello no resulta del todo claro.

Por su parte, el voto suscripto por Nazareno y Moline O'Connor, a las imprecisiones referidas, suma otras. Así, por poner un ejemplo, para postular que los hechos bajo análisis son imprescriptibles, procura diferenciarlos de los crímenes de guerra (categoría esta que, según sostiene, no exhibía una regla de imprescriptibilidad al momento de la suscripción de la Convención de 1948 ni al momento de dictarse el fallo sobre el caso Priebke) y, al hacerlo, los conceptualiza como ofensas a las que ubica, indistintamente, junto a los *crímenes contra la humanidad*, al *genocidio* y al *principio de no discriminación* (considerados 69 y 70). Más adelante, los conceptualiza ambiguamente, con referencias difusas a tres crímenes internacionales distintos³²⁴.

El voto del juez Gustavo Bossert exhibe inicialmente una mayor claridad conceptual, en tanto, tras calificar los hechos como crímenes de guerra, deja en claro que ellos pueden concurrir, en forma ideal o real, con los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, luego utiliza expresiones que parecen expresar cierta confusión, no ya entre esos dos delitos, sino entre este último y el de genocidio, conceptos que parece equiparar³²⁵.

García Guzmán (dictamen del Procurador de 19 de julio de 1996)³²⁶.

En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debía resolver un recurso de apelación ordinario deducido contra una sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional

³²⁴ Así, se indica, por ejemplo, que “*los crímenes de guerra cuya perpetración se imputa a Priebke, configuran delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio*”. Véase considerado 75 del fallo examinado.

³²⁵ Concretamente señala que su encuadre como crímenes de guerra “*no desplaza la concurrencia, respecto de los mismos hechos, de delitos de lesa humanidad en la medida en que no puede descartarse la satisfacción de un propósito de odio racial o religioso en la ejecución de la sanción colectiva o represalia (...) (artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional)*”. Como puede advertirse, pese a que alude a “crímenes de lesa humanidad”, formula una remisión expresa, y sin mayor explicación, a la Convención sobre genocidio.

³²⁶ CSJN García Guzmán, Juan Carlos s/ extradición (solicitud CSJ. de Bolivia). Fallos: 319:2545. 05 de noviembre de 1996.

de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había hecho lugar a un pedido de extradición contra Juan Carlos García Guzmán, formulado por la República de Bolivia, a efectos de que el nombrado cumpliera una pena (de 30 años de presidio sin derecho a indulto) en razón de la condena que se le había impuesto, entre otros delitos, por el genocidio de ocho dirigentes nacionales del Movimiento de Izquierda Revolucionaria ocurrido el 15 de enero de 1981.

Si bien el fallo de la Corte no contiene referencias a esta figura, el dictamen del procurador, al analizar dicho concepto en el marco del principio de identidad (dentro del ámbito de la extradición), afirma que el genocidio no debe ser analizado desde la óptica del Código Penal argentino sino desde la perspectiva de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y, en tal sentido, remite para su definición al Art. II del referido tratado, señalando expresamente “*que la figura comprende actos de destrucción total o parcial de un grupo de personas*” lo cual, en definitiva, parece dar cuentas de al menos uno de sus elementos definitorios.

El caso Arancibia Clavel (24 de agosto de 2004)³²⁷.

La plataforma fáctica en que se funda este caso es ampliamente conocida: el homicidio del militar chileno Carlos José Santiago Prats y de su esposa Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni en su domicilio en Buenos Aires, perpetrado por un comando de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional de Chile) a través de un atentado con bomba durante la madrugada del día 30 de septiembre de 1974.

En el marco del proceso iniciado en Argentina, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 condenó a *Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito de asociación ilícita agravada (...), en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado (...)*³²⁸. Al ser revisada dicha sentencia por la Cámara Federal de Casación Penal, este último Tribunal casó la decisión en lo vinculado con aquel primer delito, entendiendo que correspondía la figura simple, la cual -a su vez- consideró prescripta, por lo que sobreseyó al condenado³²⁹. Ello motivó el recurso extraordinario y posterior queja que sería finalmente resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³²⁷ CSJN. Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-. Fallos: 327:3312. 24 de agosto de 2004.

³²⁸ TOF N° 6, Causa Nro. 259 “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/ Homicidio calificado y asoc. Ilícita y otros”, Sentencia del 27 de noviembre de 2000.

³²⁹ CFPC. Causa nro. 3376 -Sala I- “Arancibia Clavel, Enrique L. s/recurso de casación”. Reg. Nro. 4758. Sentencia del 29 de noviembre de 2001.

En el fallo del Tribunal Oral N° 6 no hay mención alguna al concepto ni al tipo de genocidio. Tampoco la Cámara Federal de Casación Penal contiene referencias en este sentido. Es la Corte Suprema el primer Tribunal que alude al término y lo hace principalmente con la finalidad de controvertir uno de los argumentos que había esgrimido la Cámara Federal de Casación Penal para concluir que la asociación ilícita no podía ser calificada como crimen contra la humanidad.

En efecto, la CFCP había señalado que la conducta de Arancibia Clavel de tomar parte en la asociación ilícita no configuraba un crimen contra la humanidad y, como fundamento para ello, afirmaba que la autonomía de dicha figura (que era independiente de los homicidios que se le adjudicaban al acusado) exigía una fundamentación -sobre su configuración como crimen contra la humanidad- en forma autónoma, fundamentación que –según afirmaba la Cámara de Casación- no existía en la sentencia condenatoria.

Es precisamente con la finalidad de contestar ese argumento que la Corte suprema, en el voto de Zaffaroni y Highton de Nolasco, introduce referencias al concepto de *genocidio*, sin mayor explicación de las razones de esa aparente equiparación, teniendo en cuenta que hasta allí el análisis no giraba en torno a esa figura, sino a la de crímenes contra humanidad³³⁰.

Más adelante, se señala que *“los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos (...), pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional”*. Como puede advertirse, se enumera al genocidio junto a otras figuras que no necesariamente constituyen en todos los casos crímenes internacionales (tales como la tortura, el homicidio o la desaparición forzada).

En lo que hace al voto del juez Juan Carlos Maqueda, se advierte que -partir del considerando 44- comienzan a detallarse una serie de tratados, resoluciones y precedentes vinculados con las figuras de *“conspiración”* (conspiracy) y *“participación en organizaciones criminales”* del Derecho Internacional, todo ello a efectos buscar los puntos en común entre tales conceptos y el de asociación ilícita. En este caso, y a diferencia de lo señalado con relación al voto anterior, la mención al concepto de

³³⁰ En tal sentido, en el considerando 13 del voto de los magistrados referidos, se señala que *“no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros. Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la “asociación para cometer genocidio”*.

genocidio (concretamente en el considerando 49) se dará en el marco de un desarrollo comparativo que procura demostrar que aquellos conceptos son aplicables a los diversos crímenes internacionales.

Liendo (30 de abril de 1996)³³¹, Cauchi (13 de agosto de 1998)³³² y Lariz Iriondo (10 de mayo de 2005)³³³ –votos en disidencia-.

Si bien son de fechas distantes, estos precedentes se tratan aquí conjuntamente en tanto los votos en disidencia que serán examinados contienen idéntica referencia al concepto de genocidio (suscriptos, según los casos, por los jueces Boggiano López Nazareno). Y si bien la referencia es escueta, constituye una expresión más del modo confuso en que parte de la jurisprudencia ha abordado la cuestión.

Cada uno de estos precedentes se vincula con pedidos de extradición. El primero de ellos dirigido por Perú en contra de Edgardo Liendo Arriaga, el segundo por España contra Jesús María Lariz Iriondo y el tercero por Italia contra Augusto Cauchi.

Ahora bien, la referencia a la figura que aquí nos ocupa consiste en reseñar una serie de tratados internacionales –entre ellos la Convención sobre el Genocidio de 1948- a los que se presenta como ejemplos de un alegado consenso del “*derecho internacional consuetudinario y convencional*” sobre “*la necesidad de cooperación internacional para la represión del terrorismo, así como de cualquier ataque indiscriminado a la población civil indefensa*”.

En definitiva, la expresión en cuestión termina por equiparar al genocidio con el *terrorismo* y con cualquier *ataque indiscriminado a la población civil*, pese a que, evidentemente, constituyen nociones claramente diferenciadas.

Por el contrario, en el caso Lariz Iriondo, el voto de la mayoría, si bien no alude expresamente al delito de genocidio, acierta en distinguir al terrorismo de los crímenes internacionales -concretamente de los delitos contra la humanidad- y, precisamente por ello, considera prescriptas las conductas que se le endilgaban a la persona sujeta a dicho proceso. En los votos mayoritarios de los dos casos restantes no se ingresa en el análisis que aquí nos ocupa, en tanto las extradiciones se rechazan por motivos diferentes al aquí examinado.

³³¹ CSJN. Liendo Arriaga, Edgardo s/ extradición. Fallos: 319:510. 30 de abril de 1996.

³³² CSJN. Cauchi, Augusto s/ extradición. Fallos: 321:1928. 13 de agosto de 1998.

³³³ CSJN. Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición. Fallos: 328:1268. 10 de mayo de 2005.

El caso Simón (14 de junio de 2005)³³⁴.

Como es sabido, la presente causa tuvo por objeto la determinación de la responsabilidad penal que cabía a diversos integrantes del esquema represivo estatal de la época –entre ellos Julio Héctor Simón- por los hechos padecidos por José Liborio Poblete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik de Poblete, quienes –tras sus secuestros perpetrados el 28 de noviembre de 1978- fueran posteriormente víctimas de desaparición forzada.

En el voto del juez Boggiano, a partir del considerando 23, puede observarse una referencia al tema que nos ocupa que, en realidad, proviene de su remisión expresa al voto del Juez Sergio García Ramírez en el fallo adoptado por la Corte IDH en el caso Castillo Paez vs. Perú. Concretamente, indica Boggiano que el juez interamericano *“afirmó la necesidad de armonizar las exigencias de la paz y la reconciliación con el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, especialmente en supuestos de delitos de lesa humanidad, como el genocidio, la ejecución extrajudicial, la tortura o la desaparición forzada (...)”*. A la vez, si se consulta la fuente original, efectivamente puede corroborarse que el voto de García Ramírez registra una expresión muy similar a la aquí referida.

Ahora bien, como ya señalamos previamente, no resulta correcto enumerar sin más a figuras tales como la ejecución extrajudicial, la tortura, o la desaparición forzada como especies de un género configurado por los crímenes contra la humanidad (a diferencia del genocidio que, al menos desde la posición teórica que supone conceptualizar a ambas como género y especie, sí podría ser considerado en tales términos). Y es que, como es sabido, tales delitos pueden o no ingresar en aquella categoría, según cual sea el contexto de acción en el que se den (concretamente, si se cometen en el marco de un ataque general o sistemático contra la población civil).

Es posible que la utilización de esta expresión por parte del juez García Ramírez derive de la forma en que tales delitos fueron tipificados por la Ley 26.926 de Perú, en tanto -conforme aparece mencionado en diversos tramos de la sentencia de la Corte IDH- dicha norma contiene un título denominado *“Delitos contra la humanidad”*, bajo el que tipifica el genocidio, la desaparición forzada y la tortura –técnica legislativa que, valga señalarlo, resulta claramente deficitaria-.

Otra mención al genocidio aparece en el voto del Juez Maqueda (considerando 49), aunque esta vez se lo refiere correctamente a la par de otros crímenes internacionales.

³³⁴ CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005.

Finalmente, el voto del Juez Lorenzetti alude genéricamente al genocidio como parte integrante del derecho de gentes.

El caso Ramos Lorenzo (24 de octubre de 2006)³³⁵.

El caso se originó en razón de una denuncia formulada por el Cacique General y otros integrantes del Pueblo Mbya Guaraní de la provincia de Misiones, mediante la cual se acusaba al titular del Poder Ejecutivo de esa provincia y a otros funcionarios de aquel gobierno por el delito de genocidio cometido en perjuicio de la mencionada comunidad, sobre la base del alegado abandono de la misma, la situación de riesgo en que la habrían colocado, y la irregular administración de fondos nacionales e internacionales destinados a la asistencia alimentaria, sanitaria y humanitaria de ese grupo étnico.

Ahora bien, en lo que respecta al objeto de esta investigación, la única referencia pertinente por parte del Procurador (a cuyo dictamen remitirá el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), es aquella que elabora luego de mencionar que los funcionarios denunciados pertenecen a la provincia y de referir que la administración de los fondos corresponde también a la provincia o a los municipios, al agregar que *“por lo demás, y en tanto los delitos contra el derecho de gentes reconocen una jurisdicción universal (Fallos: 318:108 y sentencia del 14 de junio de 2005, en autos: “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.” -causa N1 17.768- , voto del Dr. Antonio Boggiano), opino que corresponde a la justicia local seguir entendiendo en la causa”*.

Al respecto, si bien la referencia no supone aportes en cuanto a la delimitación de la figura sí resulta útil para concluir que el genocidio es considerado por el Procurador –y por la Corte al remitir a su dictamen- como un delito contra el derecho de gentes y, como tal, sujeto a la jurisdicción universal.

El caso Mazzeo (13 de julio de 2007)³³⁶.

Es el voto del juez Fayt el que contiene la única referencia autónoma al término genocidio (sin perjuicio de que la palabra aparece mencionada en citas o referencias a tratados). En efecto, en el considerando 23 de dicho voto, se indica que debe distinguirse *la prohibición* de perpetrar crímenes internacionales -como norma de ius cogens- de la *obligación ineludible de punir* tales crímenes –que, para el referido magistrado, no alcanza a constituir una norma imperativa de derecho internacional

³³⁵ CSJN. Ramos Lorenzo y otros S/S/Denuncia. Fallos: 329:4500. 24 de octubre de 2006.

³³⁶ CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

público-. Y si bien dicha afirmación –que no compartimos- no será objeto de análisis aquí, sí resulta relevante al objeto propuesto en esta investigación señalar que -al desarrollar esa idea- Fayt parece conceptualizar al genocidio como una especie de los crímenes de lesa humanidad, al expresar que *“una cosa es considerar, como se dijo, que las normas que prohíben conductas que constituyen delitos de lesa humanidad tienen carácter ius cogens -no hay ninguna norma, por ejemplo, que pueda permitir el genocidio toda vez que su prohibición tiene ese carácter (arts. 46 y 53 de la Convención de Viena)- y otra muy distinta es que (...) se le asigne tal propiedad a su punición obligatoria”*.

Caso Estévez Cristian (8 de junio de 2010)³³⁷.

El presente caso no se vincula con hechos enmarcados en el contexto represivo desatado antes y durante la última dictadura militar ni tampoco con procesos de extradición o de otra índole vinculados con delitos que ingresen en alguna de las categorías de crímenes internacionales, sino con la comisión de diversos delitos ordinarios -robo agravado, estafa, homicidio y tentativa de homicidio agravado, lesiones leves y tenencia de arma de guerra-. Sin embargo, el planteo formulado por la defensa contra el monto de pena impuesto desarrolló diversos argumentos vinculados con los delitos internacionales (genocidio y crímenes contra la humanidad en lo que aquí resulta relevante), lo que fue luego examinado detalladamente en el voto en disidencia emitido por Eugenio Zaffaroni.

En concreto, la discusión del caso giraba en torno al modo en que debía interpretarse la remisión que contenía el art. 55 del Código Penal en su redacción previa a la reforma de la Ley 25.928, en cuanto disponía que el máximo de la escala penal en los casos de concurso no podía exceder del *máximum* legal de la especie de pena de que se trate. Ello, porque la Cámara Federal de Casación Penal había entendido que, en función de lo previsto por el art. 227 ter (que aumenta en un medio el máximo de la pena establecida para cualquier delito cuando la acción contribuyere a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional), el máximo de la escala penal del concurso que correspondía considerar en el caso bajo análisis podía superar los 25 años que tradicionalmente se habían considerado como máximo legal de pena privativa de libertad temporal (en el caso se impuso una pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, al unificar dicha sanción con la que le fuera impuesta en un proceso previo). Por su parte, la defensa postulaba que la especificidad del art. 227 ter –limitado a los delitos contra el

³³⁷ CSJN. Stevez Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas etc. Fallos: 333:866. 08 de junio de 2010.

orden constitucional- impedía considerar esa escala penal a los fines de la remisión del art. 55.

La Corte finalmente confirmó –por mayoría- la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal, al entender que la introducción del art. 227 ter había significado, en definitiva, “quebrar la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión”.

Respecto del tema que nos ocupa, si bien el voto mayoritario no contiene referencias relevantes sobre este punto, éstas sí se verifican, como dijimos, en el voto en disidencia del Juez Raúl Zaffaroni. Dicho magistrado comienza justificando su disidencia sobre la base del mandato de certeza que impone precisar lo relativo al máximo de la pena temporal privativa de la libertad, como condición necesaria de la seguridad jurídica exigible a nuestro ordenamiento legal, todo lo cual –según postula- no sólo justifica la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (contrariamente a lo sostenido por el voto mayoritario, que rechazó que fuera una cuestión de competencia del Máximo Tribunal), sino que además impone al Tribunal *“un esfuerzo de interpretación conjunta de disposiciones legales vigentes”*.

Pues bien, a partir del considerando 26, titulado *“Las normas en juego”*, el magistrado comienza a analizar las diversas cláusulas que entiende deben ser interpretadas y, al hacerlo, formula algunas consideraciones que corresponde aquí relevar. Y es que, tras analizar las múltiples contradicciones vinculadas con las escalas penales en las que incurría la legislación penal previa a la sanción de la Ley 26.200 -de implementación del Estatuto de Roma-, Zaffaroni postula que esta última norma es, precisamente, la que permite “reconstruir” la coherencia sistémica del código en este aspecto y, con ello, dar cumplimiento al mandato de certeza, particularmente -y entre otras cosas- porque, al tipificar *“los delitos de mayor contenido injusto de toda la legislación penal”*, funcionará como “norma ordenadora”.

Ahora bien, en el desarrollo que a tales fines formula, puede advertirse que dicho magistrado adscribe al posicionamiento que conceptualiza a los crímenes de lesa humanidad bajo una doble acepción, esto es: como género (comprensivo de los diversos crímenes internacionales), y como especie (crímenes de lesa humanidad propiamente dichos). Así parece surgir, por ejemplo, del considerando 36, en el que se señala que *“la ley 26.200 sanciona los más graves delitos contra la humanidad: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 51 del Estatuto) y los incorpora como tipos a la ley penal nacional”*.

En otras palabras, el voto deja en claro que se distingue de forma precisa al genocidio de las demás figuras recogidas por el Estatuto de Roma (incluida, claro está, la de crímenes de lesa humanidad), a la vez que se incluye a ambos delitos –genocidio y crímenes de lesa humanidad- (y también a los demás previstos por el mencionado Estatuto) dentro de una categoría que se define como género bajo el concepto de “*delitos contra la humanidad*”.

Casos Gualtieri Rugnone de Prieto (11 de agosto de 2009)³³⁸.

Se trata de dos resoluciones adoptadas, respectivamente, con relación a los recursos de hecho deducidos Guillermo Gabriel Prieto y Emiliano Matías Prieto, quienes para entonces se encontraban registrados como hijos biológicos del matrimonio Prieto-Gualtieri. Ambos cuestionaban la decisión de los jueces de grado que, en definitiva, había convalidado el allanamiento de sus domicilios para la obtención de material genético dirigido a verificar si podían o no ser hijos de personas desaparecidas. El Máximo Tribunal, por mayoría, si bien declaró procedente el recurso extraordinario confirmó, a la vez, la sentencia recurrida.

El fallo sólo tiene una mención al término genocidio, sobre la que no profundizaremos, en tanto es, en realidad, una referencia a lo dicho en el precedente Arancibia Clavel, que ya ha sido examinado previamente.

4.4. Los precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal

Como anticipamos, y en contraste con la mayor parte de las decisiones de la CSJN, la jurisprudencia de la CFCP exhibe una mayor precisión en el abordaje de los diversos tópicos relacionados con la figura de genocidio. No sólo se observa una mayor claridad conceptual en la delimitación de esta figura, sino también ciertos desarrollos vinculados con los efectos que ésta puede o no tener en torno al proceso penal. Sin perjuicio de ello, se aprecian aún, en algunos casos, ciertas inconsistencias que serán oportunamente consignadas.

Caso Colombo (6 de mayo de 2011)³³⁹

³³⁸ CSJN. Gualtieri Rugnone De Prieto Emma Elidia y otros S/sustracción de menores de 10 años. Fallos: 332:1835. 11 de agosto de 2009; y CSJN. Gualtieri Rugnone De Prieto Emma Elidia y otros S/sustracción de menores de 10 años - inc. de apel. de prieto Guillermo Gabriel. Fallos: 332:1769. 11 de agosto de 2009.

³³⁹ CFCP. Causa n° 12.625 “COLOMBO, Juan Carlos s/recurso de casación”, Sala III. Reg. n° 565/11. 6 de mayo de 2011.

Durante el debate de la presente causa la querrela había planteado que los hechos debían ser calificados como delitos de lesa humanidad cometidos en el contexto de un genocidio, suscitándose controversia al respecto. La sentencia del Tribunal Oral de Formosa dispuso declarar que habían sido crímenes de lesa humanidad³⁴⁰. La discusión fue reeditada en los planteos casatorios y finalmente abordada por la Cámara Federal de Casación Penal, por lo que nos concentraremos directamente en lo analizado y resuelto sobre este punto por el Máximo Tribunal Penal.

Es el voto del juez Gustavo Mitchell –que rechaza la pretensión planteada por las querellas (pág. 57 y ss.)- el que examina la cuestión. Y si bien no profundizaremos en este apartado sobre el fondo del asunto (la procedencia o improcedencia de calificar los hechos sucedidos en nuestro país bajo esa conceptualización, en tanto ello será definido al adoptar nuestra posición final en torno al tema), sí resulta oportuno reseñar algunas ideas que dan cuenta de que el voto bajo análisis realiza un abordaje ordenado desde el punto de vista conceptual -más allá de que las posiciones que esgrime puedan considerarse o no correctas.

En efecto, luego de tratar uno y otro concepto y de repasar los elementos típicos de ambos (calificando al genocidio como una figura agravada de los crímenes de lesa humanidad -en una relación de especie a género-, caracterizada por la intención de destruir determinado grupo), descarta su aplicación sobre la base de la siguiente argumentación:

- En primer término, por entender que las víctimas formaban parte de un grupo político y que dicho colectivo fue deliberadamente excluido de la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; exclusión que, según releva, obedeció a que no se consideraba que fueran lo suficientemente estables, sumado a cuestiones vinculadas con las dificultades que su inclusión hubiere suscitado en torno a la ratificación del tratado, a los peligros de intervencionismo, etc.
- En segundo lugar, porque tampoco pueden ser reputados como grupo nacional (para lo cual remite a los conceptos de Nación de Gelli, de Gropali, entre otros). En este punto, la consideración principal plasmada por el juez, siguiendo textualmente a Alicia Gil Gil, consiste en sostener que *“la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el*

³⁴⁰ TOF de Formosa, causa N° 2333 “Colombo, Juan Carlos s/asociación ilícita en calidad de jefe, privación ilegítima de la libertad reiterada y agravada, tormento agravado reiterado, desaparición forzada de personas en función del delito de homicidio y respecto de este”, Sentencia N° 417, veredicto del 1 de octubre de 2009 y fundamentos de 26 de noviembre del mismo año.

hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino por el contrario, destruir a aquel sector de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto que grupo nacional, sino como un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o no de acomodarse a las directrices del criminal (...) Por lo tanto, el grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su presunta oposición al Régimen.”

- Más adelante agrega que, además, ni siquiera todas las víctimas cuyos hechos se atribuyeron a Colombo tenían nacionalidad argentina (algunas eran paraguayas).
- Concluye que *“(c)onsiderar los sucesos sub examine como constitutivos del delito de genocidio implica la aplicación del derecho al margen del marco de la regulación legal, o sea, en palabras de Roxin, una interpretación que ya no está cubierta por el sentido literal posible del precepto”*, para luego aclarar que ello no significa *“desconocer la plausibilidad de las definiciones sociológicas y políticas -algunas más amplias, que la noción jurídica- en torno a este concepto en sus respectivos ámbitos de operatividad”*.

En definitiva, más allá de las consideraciones que puedan formularse con relación a la pertinencia o impertinencia de las posiciones sostenidas por el magistrado, está fuera de toda duda que los conceptos se invocan con claridad, y que el razonamiento bajo el cual discurre su voto se encuentra libre de toda confusión.

Posteriormente, la jueza Catucci adhiere a tales consideraciones y concluye en el mismo sentido. La juez Ledesma adhiere también en este punto, sin sumar mayores consideraciones.

Caso Olivera Rovere (13 de junio de 2012)³⁴¹.

La sentencia del Tribunal Oral, en lo pertinente al objeto de esta investigación, había resuelto declarar la nulidad parcial de las acusaciones, precisamente en razón de las formulaciones que aquellas hacían con relación al delito de genocidio³⁴². Analizaremos

³⁴¹ CFCP. Causa N° 12.038 -Sala IV C.F.C.P.- “Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación”. Registro NRO. 939/12. 13 de junio de 2012.

³⁴² TOF N° 5, causa N° 1.261-1268. Veredicto de fecha 23 de octubre de 2009 y fundamentos de fecha 10 de diciembre de 2009.

las partes relevantes de esa decisión al examinar la revisión que de la misma formuló la CFCP.

En el fallo de la CFCP, la primera mención al concepto de genocidio –recogida en la página 66- será omitida, en tanto constituye una mera referencia a lo dicho por la corte en los casos Arancibia Clavel y en Gualtieri Rugnone de Pietro, que ya ha sido oportunamente analizado.

Sin embargo, es a partir del apartado V (destinado a analizar los “Cuestionamientos apuntados a la validez de las acusaciones”), y más particularmente al examinar -en el punto b- el recurso interpuesto por la querrela contra la nulidad que había dispuesto el Tribunal de grado respecto de su alegato, donde aparecen las primeras referencias relevantes al objeto de esta investigación.

En este punto, valga recordar que la querrela había solicitado que las desapariciones fueran calificadas como homicidios y, a la vez, había considerado que los hechos objeto del debate configuraban el delito de genocidio -consecuentemente, había solicitado la aplicación del artículo 2 de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio-.

Por su parte, y conforme lo reseña el propio fallo de la CFCP, el Tribunal Oral había anulado en este punto el alegato en el entendimiento de que existía una manifiesta violación al derecho de defensa, porque *“más allá de la extremada gravedad de los hechos considerados en el debate, muy distinto es defenderse de una serie de imputaciones que eventualmente podrían resultar en numerosas privaciones ilegales de la libertad, que defenderse de varios homicidios cometidos con alevosía y del desarrollo de un plan de represión que importe actos “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”, ya sea en los términos del inciso ‘a’ (matanza de miembros del grupo) o ‘b’ (lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo) del artículo 1° de la “Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio”, como pretende la acusación, con la máxima pena que prevé nuestro ordenamiento”*. En tal sentido, el Tribunal había indicado *“que el principio de congruencia no debe limitarse a los aspectos meramente fácticos de la acusación sino que, presentado bajo la denominación de correlación, debe también abarcar las consecuencias jurídicas de la imputación, esto es, la calificación legal –e incluso la solicitud de pena”*

En cuanto a la decisión del Tribunal Oral, en lo que respecta específicamente al genocidio, se observa un tratamiento claro, no sólo de ese concepto, sino también del de crímenes de lesa humanidad -categoría en la cual el Tribunal calificó los hechos y

sustentó la condena-. Incluso, más allá de la pertinencia del argumento –sobre lo cual no ingresaremos en este apartado en tanto hace a nuestra posición final sobre el tema-, resulta evidente que la pretensión acusatoria se rechaza porque el Tribunal entiende que la intención de destruir es un extremo que no había sido debidamente abordado durante el debate y, por lo tanto, su invocación al momento de los alegatos infringía el principio de congruencia.

En lo que hace al fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, el voto del juez Hornos no aporta mayores elementos al análisis, en tanto sencillamente descarta el recurso de la querrela porque entiende que dicha parte se había limitado, en la etapa recursiva, a reiterar consideraciones vinculadas con la gravedad de los hechos e insistir con la invocación de la mencionada Convención.

Por su parte, si bien el Juez Borinsky también entiende que el recurso no debe prosperar en tanto no logró rebatir los argumentos del Tribunal, se hace eco de la discusión sobre la posibilidad de que los hechos sucedidos en Argentina puedan ser considerados o no bajo dicha figura, y, en lo que aquí resulta de mayor relevancia introduce la idea de que –por no haber producido efectos jurídicos- dicha discusión no debe ser zanjada por la Cámara Federal de Casación Penal. En tal sentido se afirma que *“más allá de la controversia suscitada en la doctrina con respecto a si los hechos de terrorismo de Estado ocurridos en nuestro país durante la última dictadura militar (entre los que se encuentran las conductas objeto de las presentes actuaciones) encuadran, o no, en la categoría de “Genocidio” prevista en el art. II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en el art. 7º del Estatuto de Roma, lo cierto es que no corresponde que la referida cuestión sea resuelta en esta instancia”*, agregando luego que tampoco *“ impacta en la vigencia de la acción penal pública (...) pues esta última se encuentra garantizada ante la caracterización de los hechos (...) como constitutivos de Delitos de Lesa Humanidad”*.

Así, es ésta la primera oportunidad en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal en la que dicho Tribunal descarta ingresar en el análisis de la cuestión por entender que la calificación de los hechos bajo dicha figura no genera efectos, afirmación cuya pertinencia será oportunamente examinada.

Caso Migno Pipaon (31 de octubre de 2012)³⁴³.

³⁴³ CFCP. Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. “MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación”. Registro Nro. 2042/12, 31 de octubre de 2012.

En lo que hace al objeto de esta investigación, el Tribunal Oral de Mendoza -recogiendo la posición planteada por la querrela de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación- había calificado los hechos como crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto del delito internacional de genocidio. En lo sustancial, el Tribunal siguió en este punto un artículo suscripto por Eduardo Luis Aguirre –“*El Delito de genocidio en la jurisprudencia argentina*”-, el que a su vez se apoya fundamentalmente en los fallos Etchecolatz y Von Wernich³⁴⁴. Por tal motivo, y en tanto dichos precedentes -a los que el fallo aquí analizado remite- serán analizados en el apartado referido a las decisiones de los Tribunales Orales, se omitirán por ahora mayores consideraciones.

Ahora bien, el ámbito de la Cámara Federal de Casación Penal, la decisión vuelve a hacerse eco de la discusión doctrinaria sobre la pertinencia de recurrir a dicha figura, aunque, nuevamente, sin tomar posición al respecto, en tanto retoma la idea de que la calificación bajo el concepto de genocidio carece de efectos jurídicos –aunque esta vez no se lo hace para rechazar un recurso interpuesto por la querrela (como en el caso anterior) sino, por el contrario, para rechazar el cuestionamiento que había formulado la defensa, confirmando así la sentencia del Tribunal Oral-.

En tal sentido, el voto del juez Borinsky retoma lo ya sostenido en el caso Olivera Rovere, y reitera que *“más allá de la controversia suscitada en la doctrina respecto de si los hechos de terrorismo de Estado ocurridos en nuestro país (...) encuadran o no la categoría de genocidio (...) la circunstancia de que el tribunal a quo haya incluido, dentro de la calificación legal asignada a los hechos sobre los que se dictó condena en el pronunciamiento atacado, la declaración de que esos hechos se cometieron “en el contexto del delito internacional de genocidio”, no produjo efectos jurídicos concretos respecto de la situación de los condenados; de lo que se deriva que el acierto o error de dicha declaración no importe una cuestión susceptible de ser analizada por esta Cámara Federal de Casación Penal”*. Y es que, según señala, *“las consecuencias jurídicas que permitieron el juzgamiento de las conductas reprochadas a los imputados (...) –como la imprescriptibilidad- se derivaron de haberse considerado que los hechos encuadraban en la categoría de “crímenes de lesa humanidad” (...). Por ende, el agregado de la referencia al “delito internacional de genocidio” –que no reemplaza a la tipificación como delito de lesa humanidad, sino que se suma a ella- no vino a modificar la situación legal de los encartados, que se mantuvo inalterada”*.

³⁴⁴ TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 001-M, caratulados: —MENENDEZ SANCHEZ, Luciano Benjamín y otros s/Infr. art. 144 bis C.P. II y sus acumulados N° 009-M, 010-M, 011-M, 022-M, 025-M, 031-M, 032-S y 055-M. Fundamentos de sentencia de 28 de octubre de 2011.

Caso Albornoz – Jefatura de Policía (8 noviembre de 2012)³⁴⁵

En el presente caso, entre los agravios esgrimidos en el recurso de casación articulado por el Ministerio Público Fiscal, expresamente se cuestionaba que la sentencia del Tribunal Oral hubiere rehusado subsumir los hechos “en el tipo del derecho penal internacional de genocidio” -tal como había sido expresamente solicitado por esa parte al requerir la prisión perpetua de los acusados-.

Los argumentos centrales del Tribunal Oral para rechazar aquella pretensión -conforme fuera reseñado por la Fiscalía en el recurso de casación- habían radicado, en lo sustancial, en que *“la Convención al expresar taxativamente el concepto de genocidio excluye expresamente a opositores políticos, y además porque tales opositores deberían formar parte de un grupo homogéneo e identificado y por último porque en la legislación nacional no se encuentra tipificado el delito de genocidio”*.

Ahora bien, tal como ocurre en los precedentes previamente analizados, nuevamente la Cámara Federal de Casación Penal evita ingresar en el fondo del asunto. En tal sentido, el voto de Borinsky (pág. 182) reitera que se trata de una cuestión meramente declarativa que no ha producido efectos jurídicos. Por su parte, el voto del Riggi adhiere al anterior, pero agrega una consideración vinculada a las penas impuestas, que –aun cuando no es del todo directa y clara- conduce a interpretar que –de no haber existido condenas a prisión perpetua, la cuestión podría no haber sido meramente declarativa-. Textualmente se indica: *“consideramos ajustado el rechazo del agravio esgrimido por el Ministerio Público Fiscal en cuanto solicita que se califiquen los hechos también como constitutivos del delito de “genocidio”, pues excede la competencia de los tribunales de justicia la pretensión que implica solicitar que se emita una declaración general, un pronunciamiento abstracto o meramente académico sobre la norma penal aplicada. En razón de las condenas impuestas en el caso concreto, la pretensión del recurrente deviene insustancial”*.

Caso Romero – Nikilson (22 de noviembre de 2012)³⁴⁶

Si bien esta investigación no tiene por objeto el análisis de las construcciones jurídicas esgrimidas por las partes durante los procesos que aquí se examinan –sino el tratamiento que le han dado los Tribunales-, en el presente caso reseñaremos algunas

³⁴⁵ CFCP. Causa N° 13.085/13049 “Albornoz, Roberto, De Cándido Luis, De Cándido Carlos y Menéndez Luciano s/ rec. de casación”. Sala III C.N.C.P. Reg. n° 1586/12. 8 de noviembre de 2012.

³⁴⁶ CFCP. Causa n° 14.763 –Sala I- “Menéndez, Luciano Benjamín, Albornoz, Roberto Heriberto” s/ recurso de casación. Reg. N° 20.438. 22 de noviembre de 2012.

de las consideraciones formuladas por la Fiscalía, en tanto traducen un planteo original y diverso a los realizados en los casos precedentemente analizados.

Y es que, a diferencia de los demás precedentes, en los que el concepto de genocidio se invocaba como contexto en el que se habían cometido los delitos de lesa humanidad (en una consideración *conjunta* de ambas calificaciones -en tanto, en definitiva, implicaba tener en cuenta las dos figuras al definir el encuadre jurídico de los hechos)-, en este caso el Fiscal impugnó la calificación de los delitos como crímenes contra la humanidad y solicitó que se los subsumiera como genocidio, agregando *“que la doctrina y jurisprudencia internacionales considera que el carácter cualificado del genocidio, respecto al delito de lesa humanidad, reside en la finalidad de los perpetradores de destruir un grupo humano entre la población de un país”*.

Al analizar el agravio vinculado con la invocación de la figura, la CFCP lo descarta formalmente, invocando la regla del art. 458 del Código Procesal Penal, que veda la posibilidad de pronunciarse sobre el recurso fiscal en razón de que la pena impuesta a los condenados había sido de prisión perpetua.

Lo curioso es que, no obstante ello, la decisión ingresa en el análisis de algunas cuestiones a efectos de “dar una acabada respuesta al recurrente”. En lo sustancial, señala que la categoría de crímenes contra la humanidad había sido ya recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para calificar los hechos sucedidos en la última dictadura militar, agregando que *“los delitos que aquí se imputan cometidos en el marco de ese ataque generalizado contra la población, encuadran en (ella)”*. Sin embargo, no se advierte en el fallo formule consideración alguna en torno a la intención de destruir, en la que se apoyaba sustancialmente el planteo fiscal.

Finalmente, con una referencia a la denominada “doctrina del leal acatamiento”, concluye que la jurisprudencia de la Corte que ha calificado estos crímenes como delitos de lesa humanidad no debe ser modificada, ya que no se han presentado argumentos nuevos que la contradigan.

Caso Albornoz – Liana Aguirre (13 diciembre de 2012)³⁴⁷

En este caso, tanto el planteo de la Fiscalía como la respuesta dada por el Tribunal son idénticos a los ya reseñados en el precedente Albornoz – Jefatura de Policía, por lo que corresponde allí remitirse.

³⁴⁷ CFCP. Causa n° 15.941 -Sala I- “Albornoz, Roberto Heriberto s/ recurso de casación”. Reg. N° 20.540. 13 de diciembre de 2012.

Caso Manacorda (16 mayo de 2014)³⁴⁸.

El caso se vincula con la apropiación de una niña durante la última dictadura militar. La requisitoria fiscal de elevación a juicio, que no aludía al genocidio, había calificado los hechos como crímenes contra la humanidad, excluyendo de esa calificación a una de las acusadas, Silvia Beatriz Molina, por no encontrar acreditado a su respecto el elemento subjetivo que esa calificación requería (en razón de no haber considerado probado que la nombrada conociera que la víctima era hija de personas desaparecidas). Por su parte, la querrela había considerado que *“los delitos reprimidos en el CP (...) constituyen al mismo tiempo el delito de desaparición forzada [...] y de acuerdo al marco en el que han sido cometidos son al mismo tiempo delitos de lesa humanidad”*.

Al momento de formular los alegatos y la acusación el Ministerio Público Fiscal enmarcó los hechos atribuidos a ambas acusadas como *“crímenes contra la humanidad tanto en su modalidad de desaparición forzada como en la regla de genocidio”* y los calificó *“como delitos contra el derecho de gentes”*. En razón de ello, al contestar tales alegatos, la defensa oficial cuestionó particularmente que se hubieren calificado como *“crímenes contra la humanidad”* los hechos por los que se acusaba a Silvia Beatriz Molina, en tanto no habían sido así conceptualizados en la requisitoria de elevación a juicio.

Lo llamativo del caso es que el Tribunal Oral, al momento de dictar sentencia, anula parcialmente la acusación de la fiscalía -en cuanto había calificado los hechos como crímenes contra la humanidad- y enmarca la condena, exclusivamente, como *“complicidad en el genocidio”*, atribuyéndoles a las personas acusadas el *“participar en el traslado por la fuerza de niños de su grupo familiar a otro grupo mediante su coautoría en el delito de retención y ocultamiento de un niño menor de diez años que había sido sustraído del poder de sus padres, en concurso ideal con el delito de supresión de identidad (...) que también concurre idealmente con los delitos de falsedad ideológica (...) (artículos II, inciso “e” y III, inciso “e”, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; artículos 2, 12, 45, 54, 146, 139, inciso 2º -en estos dos últimos casos según versión de la ley 11.179-, y 292 y 293, último párrafo –textos según leyes 20.642 y 21.766-, del Código Penal, y artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)”*.

Ahora bien, conforme surge de la propia sentencia de la CFCP, al recurrir en casación, la defensa sostuvo que si bien *“a pedido de esa parte, el tribunal a quo declaró la nulidad parcial de la acusación de la fiscalía en cuanto imputó a Molina la comisión de un delito*

³⁴⁸ CFCP. Causa Nro. 366-368-370/2013 – Sala III “MANACORDA, Nora Raquel y otra s/ recurso de casación”. REGISTRO N°770/14. 16 de mayo de 2014.

de lesa humanidad (...) condenó a Silvia Beatriz Molina –de manera sorpresiva e intempestiva— por la figura de genocidio, en violación, al principio de congruencia. Alegó que todo el juicio se produjo en base a la descripción de hechos que tenían su correlato en el Código Penal pero no se los relacionó con el genocidio (...). Se quejó de que el sentenciante afirmó que el delito de retención u ocultamiento de un menor de diez años reglamenta y proporciona una sanción penal específica al tipo de genocidio, pues entendió que ese tipo penal difiere ampliamente de la figura prevista en el art. 146 del C.P. En dicho sentido, señaló que no es lo mismo retener u ocultar a un menor que trasladar por la fuerza a un niño de un grupo a otro grupo con la intención de destruir total o parcialmente al grupo originario”.

Al analizar tales cuestionamientos, el voto del Juez Borinsky se remite a lo dicho por él mismo en la causa Migno, antes analizada. Sin embargo, y aun cuando esto no constituye el objeto de la presente investigación, no puedo dejar de advertir lo errado de dicha remisión. Y es que, en el caso Migno, la condena había sido dictada por crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto del delito internacional de genocidio, con lo cual -más allá del juicio de valor que pueda hacerse sobre lo sostenido en aquella oportunidad por Borinsky-, lo cierto es que aquel razonamiento no puede trasladarse sin más al presente caso, en el que la sentencia anuló la acusación por delitos de lesa humanidad y mantuvo *exclusivamente* la de genocidio. En otras palabras, en Migno el argumento del magistrado -en el sentido de que la calificación vinculada al genocidio no había producido efectos jurídicos- se encontraba estrictamente relacionada con el hecho de que aquella calificación había sido incorporada en forma *conjunta* a la de lesa humanidad. Sin embargo, en el presente caso, la segunda desplaza a la primera. En otras palabras, siguiendo el propio razonamiento de Borinsky cabría preguntarse lo siguiente: si la calificación de lesa humanidad fue suprimida de la sentencia, ¿de dónde proviene entonces la imprescriptibilidad de las conductas atribuidas a las acusadas? Claramente, en este caso, mal puede negarse que dicha calificación sí tuvo efectos jurídicos, por lo cual la remisión resulta evidentemente incorrecta.

El voto del magistrado, sobre la base de tales argumentos, y considerando además que la defensa no había indicado cuáles fueron las defensas concretas que se hubieran esgrimido de no mediar la sorpresa y los medios omitidos por esa circunstancia, concluye rechazando el recurso.

En sentido contrario va el voto de la jueza Catucci, quien afirma que *“no se vislumbra a través de los delitos investigados un elemento subjetivo adaptable al delito de genocidio”* y que *“además en el caso tropieza con el principio de congruencia, dado que esa intención propia del genocidio no les fue imputada en la indagatoria ni durante el*

proceso". En lo que sigue, remite a su propio voto en el caso Colombo, ya examinado, en el que distinguía a ambas calificaciones conforme el elemento subjetivo y concluía que los sucesos perpetrados en Argentina no reunían, a su entender, dicho elemento. Bajo ese razonamiento, se pronuncia a favor del recurso de la defensa en este aspecto y propicia "*dejar sin efecto los puntos II y III del pronunciamiento impugnado en referencia al delito de genocidio*". Ahora bien, se advierte que, pese a ello, se omite -en la parte resolutive- calificar los hechos como crímenes contra la humanidad -calificación que era necesario retomar en tanto había sido desplazada por el Tribunal al dictar sentencia-. No obstante, del razonamiento del voto surge con claridad que esa fue el sentido del voto, aunque omitió así consignarlo en la parte resolutive.

El voto de Riggi define el resultado del fallo a favor de la postura de Catucci, lo que en definitiva así se resuelve por mayoría.

Caso Harguindeguy (5 agosto de 2014)³⁴⁹.

En el presente caso, el Tribunal recurrió a la fórmula ya previamente referida, consistente en calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad, perpetrados en el contexto de un genocidio. Como particularidad, puede decirse que dicha decisión especifica que los hechos fueron cometidos durante "*segundo genocidio nacional ocurrido entre los años 1975 y 1983*" (el primero estaría dado por las acciones dirigidas contra los pueblos indígenas en etapas previas de la historia nacional).

En su recurso de casación, la defensa cuestionó la referencia al "marco de genocidio" arguyendo que al momento de los hechos no era un tipo penal del derecho interno y que, además, los acusados no habían sido indagados ni requeridos por esa figura, lo que suponía una afectación al principio de congruencia. No obstante, el planteo es descartado por la Cámara Federal de Casación, precisamente porque, sobre la base de esos argumentos defensistas, la alusión al genocidio por parte del Tribunal Oral sólo había sido a modo contextual (y no como tipo penal).

Caso Miara (28 de octubre de 2014)³⁵⁰.

En el este caso, una de las querellas había solicitado, al momento de alegar, que se condenare a los acusados como *responsables del delito de genocidio previsto en el artículo 2, incisos A y E de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio*. Subsidiariamente, y en caso de que el Tribunal no compartiera esa posición,

³⁴⁹ CFCP. Causa N° 699/13 –SALA I– "Harguindeguy, Albano Eduardo s/ recurso de casación". REGISTRO N° 23925. 5 de agosto de 2014.

³⁵⁰ CFCP. Causa N° 14.235 –Sala IV– C.F.C.P. "MIARA, Samuel y otros s/ recurso de casación ". REGISTRO N° 2215/14. 28 de octubre de 2014.

solicitó que se aplicara la legislación interna, señalando que, *“(e)n todo caso, (...) los hechos configuran crímenes de lesa humanidad”*. En sustento de dicha posición señalaron que, *“a su criterio, la categoría de “grupo político” se encuentra subsumida dentro de la expresión “grupo nacional”*”. A la vez, y tras tomar nota de que *“la referida Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio no individualiza las penas a imponer para los hechos allí especificados”*, señalaron que *“deben imponerse las penas previstas por la legislación interna argentina, para aquellos delitos en los que encuadran los hechos que son llevados adelante con la finalidad típica que exige el genocidio”*.

Otra de las querellas, invocando el precedente “Etchecolatz”, que examinaremos más adelante, sostuvo idéntica calificación, refiriendo que *“todo genocidio es político, porque (...) siempre va a haber una intencionalidad política atrás. Toda persecución, étnica, racial, religiosa y/o nacional, invariablemente se subsume en una persecución política. Por lo tanto, que el concepto de grupo político no esté plasmado en las características propias del delito de genocidio, no implica que no esté subyacente en el espíritu de la norma.*

También el Ministerio Público concretó la acusación conjugando la figura de genocidio con los tipos penales del Código Penal. Por otro lado, valga aquí mencionar en la posición de la Fiscalía se advierte su adscripción a la tesis que conceptualiza al genocidio como especie del género de crímenes contra la humanidad, en tanto señala expresamente *“que las figuras del Código Penal resultan insuficientes para formular una acusación válida (...) (y) que el mayor conocimiento que se tiene de los hechos después de más de tres décadas de investigación también está acompañado de mayor conocimiento sobre la fuerza obligatoria del conjunto de delitos de derecho internacional, es decir sobre los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad, especialmente entre estos últimos el delito de genocidio”*.

Por su parte, las defensas cuestionaron la incorporación de la figura de genocidio en la etapa de alegatos, señalando que *“no sólo se cambió la calificación legal, sino que los elementos del tipo penal de genocidio son distintos de aquellos por los cuales sus asistidos fueron traídos a juicio”*. También abordaron la tipicidad objetiva de tal calificación, y señalaron que, *“entre otras cosas (...), no hay “grupo” objetivamente homogéneo, ya que las personas detenidas provenían de sectores heterogéneos: militancia política, estudiantil, gremial y barrial*. A la vez, indicaron -invocando el antecedente Sircovich- que la integración del tipo penal de genocidio con la pena a prisión perpetua prevista por el Código Penal nacional constituía una aplicación analógica.

El Tribunal Oral finalmente descartó la calificación de genocidio, dedicando a este punto un apartado específico (considerando “sexto”, punto a). Entre otras cuestiones, señaló que *“los sujetos pasivos -las víctimas constituyen un universo notablemente heterogéneo, desde el punto de vista de edad, sexo, ocupación, clase social, participación política o sindical, etc. (...), (e)s esta razón lo que nos lleva a concluir que el grupo perseguido no podía definirse nítidamente a partir de características apreciables objetivamente, y de este modo estaba conformado sobre la base de la subjetividad de los autores”*. A la vez, y procurando dar respuesta a la tesis acusatoria basada en la noción de grupo nacional, el Tribunal no sólo indicó que habían víctimas de distintas nacionalidades, sino que además, apoyándose en Alicia Gil Gil, señaló que *“...no se puede entender como grupo nacional un grupo definido por determinados caracteres de tipo social, ideológico o según cualquier otro criterio que no sea una identidad nacional que lo distinga del resto, pues en tal caso el grupo víctima, el grupo al que se dirige el ataque, no es ya un grupo nacional, sino un grupo social, ideológico, etc., excluidos del ámbito de protección del Convenio (...)”*.

Ahora bien, pese a que el Tribunal no recogió la tipificación de los hechos como genocidio, las defensas introdujeron el punto como agravio en los respectivos recursos de casación. Sin embargo, el tratamiento de la cuestión fue descartado por la CFCP, precisamente porque no había sido finalmente aceptado por la sentencia.

Caso Dupuy (23 diciembre de 2014)³⁵¹.

El presente antecedente no aporta cuestiones novedosas al análisis hasta aquí reseñado. En efecto, los cuestionamientos de las defensas a la calificación adoptada por el tribunal –que había conceptualizado los hechos como crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto de un genocidio-, fueron rechazados por la CFCP, en línea con otros precedentes similares, en el entendimiento de que no se había *“demostrado el perjuicio concreto que provoca tal categorización a los imputados [ya que], más allá de esa declaración, los hechos fueron subsumidos en tipos penales previstos en el sistema legal a la época de los mismos”*.

Caso Porra – Guerrieri II (10 de noviembre de 2016)³⁵².

³⁵¹ CFCP. Causa Nº 13733 -SALA II- "Dupuy, Abel David y otros s/ recurso de casación". REGISTRO Nº 2663/14. 23 de diciembre de 2014.

³⁵² CFCP. Causa Nº FRO 81000095/2010//CFC4 "PORRA, Ariel Zenón y otros s/recurso de casación. Sala III. Registro nro.: 1506/16. 10 de noviembre de 2016.

En el presente caso, el Tribunal había calificado los hechos como crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco del segundo genocidio nacional –fórmula que ya vimos previamente en otros precedentes-.

Las cuestiones atinentes al concepto de genocidio fueron introducidas ante la Cámara Federal de Casación Penal, no sólo por la defensa de uno de los condenados, sino también por la querrela. Aquella, además de argumentar cuestiones vinculadas con la ley vigente al momento de los hechos (que no hacen al objeto directo de esta investigación), cuestionó también que la sentencia hubiera acudido a la locución “grupo nacional” para incorporar la noción de genocidio, en tanto *“la interpretación de la misma no es pacífica (...) motivo por el cual, y (...) ante la duda sobre el significado del término, (había) opta(do) por el más gravoso en contra de los justiciables”*. La querrela, por su parte, se agravió contra la decisión del Tribunal porque, si bien había aludido al genocidio como marco contextual, no lo había considerado en tanto tipo penal en sí.

Ahora bien, una particularidad de este caso es que la Cámara Federal de Casación Penal realiza un cuestionamiento a lo resuelto por el Tribunal Oral en razón de su alusión al “segundo genocidio nacional”; conceptualización que, como ya vimos, había sido utilizada previamente en otros casos que no habían llamado en este punto la atención del Máximo Tribunal Penal. Sin embargo, en esta oportunidad, el voto del Juez Riggi se enfoca específicamente en la cuestión, para señalar que *“en modo alguno, podemos considerar pertinentes las argumentaciones que en el acápite identificado bajo el rótulo “Genocidio” efectuaron los magistrados del tribunal a quo en torno a la supuesta existencia de un “primer genocidio nacional” cometido en perjuicio de los pueblos originarios que perduraría hasta la actualidad. Es que más allá del acierto o error que pueda existir respecto a la opinión histórica/política individual que sobre el particular puedan subjetivamente albergar los magistrados de grado, lo cierto es que los jueces como integrantes del Poder Judicial de la Nación y en el marco del ejercicio de la jurisdicción, sólo se encuentran llamados a resolver sobre los hechos y las pruebas que integran el objeto procesal de las actuaciones que llegan a su conocimiento.*

Caso Stricker – Ejército 2 (23 de marzo de 2017)³⁵³.

En el presente caso, la Cámara Federal de Casación Penal rechazó los agravios dirigidos por las defensas contra la sentencia que había calificado los hechos como crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de un genocidio, recurriendo al razonamiento ya conocido consistente en afirmar que dicha calificación no había

³⁵³ CFCP. Causa N° FBB 93001067/2011/TO1/4/CFC4 "Stricker, Carlos Andrés y otros s/ recurso de casación". Registro nro.: 279/17. 23 de marzo de 2017.

generado perjuicios demostrables a los acusados, en tanto los hechos habían sido *“subsumidos en tipos penales previstos en el sistema legal a la época de esos acontecimientos”*.

Ahora bien, el interés de este caso no descansa –por lo dicho- en el fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, sino en la sentencia emitida por el Tribunal Oral, no sólo porque el voto de la mayoría contiene un desarrollo preciso de la posición que se adopta con relación a la aplicación de dicha figura en el caso, sino también porque el voto disidente del Juez Triputti -quien se opuso expresamente a esa calificación- ofrece algunos aspectos adicionales para el análisis propiciado en esta investigación.

Al respecto, valga señalar que inicialmente los tres magistrados habían coincidido, en lo que a este punto refiere, en considerar que *“las figuras de crímenes de lesa humanidad y genocidio son las que pueden dar cuenta de la magnitud de los daños individuales y sociales de los actos sometidos a consideración”*.

También es interesante relevar que el fallo expresa cuál es el objetivo que, para el Tribunal, se persigue al delimitar la correcta calificación de los hechos, en tanto entienden que -de no hacerlo- se negaría su verdadera naturaleza y, en definitiva, se terminaría consintiendo uno de los efectos simbólicos del genocidio, lo cual -a la vez- impactaría de modo negativo sobre otros aspectos del proceso de juzgamiento -reparaciones, etc.-. A título ilustrativo sobre este punto, valga reseñar lo sostenido por el Tribunal, en cuanto a *“la trascendencia que tiene la calificación jurídica de los hechos, en la medida que la valoración judicial puede reconocer aquella práctica social, sus objetivos, modos de justificación, implementación, y consecuencias para el conjunto social con la finalidad de tender a su reparación y prevención o, por el contrario, puede ignorarla y convertirse en un eslabón más de su realización simbólica”*. En otro tramo, se indica también que: *“de esta forma la figura de genocidio echa luz sobre las relaciones sociales que intentaron ser suprimidas y olvidadas por los perpetradores de la masacre, dando lugar a su reparación en términos simbólicos, y a la elaboración de una memoria colectiva capaz de repensar nuestra propia identidad y sus posibles alternativas”*

Tras un extenso desarrollo histórico y sociológico el fallo ingresa ya en forma directa, a partir del punto V (pág. 133) en la calificación de los hechos como “crímenes de lesa humanidad y genocidio”. En tal sentido, indica expresamente que, si bien su conceptualización como crímenes contra la humanidad es correcta, no resulta suficiente, precisamente porque sólo permite visibilizar a las víctimas “como ciudadanos a quienes se ha afectado sus derechos individuales”, mientras que es el concepto de

genocidio el que *“permite valorar la afición de las víctimas como parte del grupo nacional argentino, y por lo tanto las consecuencias sufridas por este último como destinatario del ataque”*. Esta conceptualización tiene en el fallo el propósito declarado de poner límites a lo que -en el capítulo precedente- se considera como *“la realización simbólica del aniquilamiento”*, en tanto permitirá *“reparar los efectos producidos por el aniquilamiento, por lo menos en el plano simbólico, y estrech(ar) los márgenes de impunidad”*. En tal sentido, y tras haber desarrollado en el capítulo anterior el análisis simbólico de la destrucción de las relaciones sociales y el impacto de la teoría de los dos demonios, se afirma: *“Con esta calificación legal no sólo es posible recuperar las identidades de las víctimas en tanto parte de un entramado político, social y cultural de nuestra memoria colectiva, sino también advertir los efectos producidos por el aniquilamiento en el conjunto social”*.

En definitiva, la idea del fallo consiste en afirmar que la calificación de crímenes contra la humanidad no alcanza para visibilizar adecuadamente los lazos sociales que se intentaban destruir y para delimitar el verdadero impacto del genocidio como eje de transformación social –“genocidio reorganizador”, en la terminología de Feierstein, citada por el Tribunal-.

Ahora bien, no obstante el desarrollo hasta aquí consignado, las diferencias entre los jueces Ferro y Bava por un lado, y Triputti por el otro, se presentan concretamente con relación a la oposición formulada por una de las defensas con relación a la aplicabilidad de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

En tal sentido, los primeros afirman que *“los hechos tratados encuadran en la comisión de delitos de lesa humanidad dentro del campo del genocidio”* y fundan dicha posición en que *“los hechos de la presentación fueron realizados varias décadas después que la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) emitiera la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, invitando a los Estados Miembros a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo del genocidio y de que aprobara en 1948 la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” y de que Argentina ratificara la misma mediante el decreto-ley nro. 6286/56”*.

Seguidamente abordan la definición plasmada en el art. II de la citada Convención y luego detallan el contenido de Resolución 96 de Naciones Unidas, para concluir que *“en la Resolución citada, la comunidad internacional, horrorizada por el conocimiento de los crímenes cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial, sin vacilación incluyó en el concepto de genocidio, a los grupos políticos (...) y luego, añadió los motivos políticos y de cualquier otra naturaleza”*. Más adelante, aluden al art. 21 del

primer proyecto de Naciones Unidas de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio -que incluía a los grupos políticos entre aquellos que podían ser víctimas de este delito y además, al referir a la motivación del crimen, indicaba que podía fundarse, entre otros, en las opiniones políticas de sus miembros-.

Ahora bien, más allá del cuestionamiento que podamos hacer en torno al valor que estos magistrados parecen darle los precedentes que aludían a los grupos políticos entre los colectivos protegidos -en tanto, como ya vimos, ello no alcanzó para conmovir el hecho de que fueron finalmente excluidos de todos los tratados-, lo cierto es que, además, incluso siguiendo el razonamiento del propio Tribunal, es difícil comprender por qué razón dan tanta relevancia a la protección autónoma de estos grupos si finalmente encuadrarán los hechos recurriendo a la noción de exterminio parcial de un grupo nacional.

Por su parte, el juez Triputti, a partir del punto b de su voto detalla las razones por las cuales no comparte el voto mayoritario en lo referente a la aplicación de la figura de genocidio y, a tales efectos, remite a su voto en la causa N° 13/2009, caratulada “Greppi, Néstor Omar” y otros. En lo sustancial, indica que *“en el derecho positivo argentino no se ha definido el delito que se comenta, tampoco qué tipo de pena merece aplicarse ni su cantidad (...), que en consecuencia ante la orfandad de una legislación que contemple el tema que se estudia, esa omisión legislativa no posibilita que los jueces puedan crear figuras penales ni aplicar por analogía sanciones previstas para otros delitos. De proceder de esta forma, se estaría infringiendo gravemente el principio de legalidad”*.

Posteriormente, agrega otra consideración ya vinculada específicamente con los grupos contra los cuales debe ir dirigido el ataque, en los siguientes términos: *“que a ello debe agregarse que la Convención antes citada, incorporada a nuestra Constitución Nacional delineó cuales son los actos típicos a castigar: “cuando éstos tienen como propósito la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Como se observa la Convención excluyó a los grupos políticos, como grupos protegidos”*. A la vez, agrega que *“esta exclusión no fue casual ni de olvido, sino que fue el producto de discusiones y diferencias que se produjeron en las distintas hipótesis que se manejaron dentro del seno del organismo internacional”* y que *“la exclusión de los grupos políticos se basó principalmente en su falta de estabilidad y que las razones de su pertenencia son variables y quedan a la voluntad del sujeto, lo cual hace muy difícil ante los cambios determinar y definir dicho grupo ideológico, y a quién pertenece. También los grupos políticos fueron excluidos de la*

definición de Genocidio en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art.6 del año 1998”.

Seguidamente destaca que *“esta afirmación se realiza desde un punto de vista estrictamente jurídico, descartando otros enfoques que bien puedan pertenecer al mundo de la sociología criminal y que podrían constituir y afirmar otra conclusión”.*

Finalmente, ingresa en un análisis que tiene que ver con el impacto procesal de escoger esta figura, afirmando que *“en la hipótesis que estuviera vigente (...), en estos casos analizados se hubiera violado el derecho de defensa, atento que tal acusación no fue introducida formalmente en el proceso, y que los componentes y características que detallo seguidamente no fueron abordados por los querellantes, ni por el Ministerio Público”.*

Valga mencionar que, quizás por una cuestión de redacción deficitaria del fallo en este punto, se advierte que el Juez Triputti, si bien disiente sobre la invocación del genocidio, incluso como contexto en el que se perpetraron los delitos, aparece suscribiendo también la primer parte de la sentencia, donde claramente se conceptualizan los delitos de ese modo. Podría pensarse que ello obedece a que suscribe el encuadre desde el punto de vista sociológico o histórico, pero disiente del mismo en el plano estrictamente jurídico -tal como lo expresa en uno de los tramos transcriptos-, sin embargo, sería deseable que ello hubiere quedado explicitado de forma más clara ya que, del cuerpo del fallo, pareciera que la disidencia se limita exclusivamente a la invocación de la Convención sobre genocidio, bajo la cual se titula el acápite en cuestión.

En la parte resolutive, y en lo que a este punto respecta, el fallo dispone *“dejar expresa mención, por unanimidad, que la totalidad de los delitos enunciados en el presente decisorio, resultan ser crímenes de lesa humanidad (art. 1 de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad”) y, por mayoría (jueces Jorge Ferro y Martín Bava), que los mismos fueron perpetrados en el marco del genocidio sufrido en nuestro país durante la última dictadura cívico-militar (art. II de la “Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio”)”.*

Caso Almirón (15 de diciembre de 2017)³⁵⁴.

En el presente caso, el Tribunal Oral -en lo que aquí interesa- había aplicado la misma fórmula que fuera ya referida al abordar el precedente Manacorda. Es decir, se

³⁵⁴ CFCP. Causa N° 10630/2009/TO1/28/CFC15. Sala IV. Registro N° 1762/17. 15 de diciembre de 2017.

establecieron condenas por “complicidad en el genocidio” y luego, al enmarcar típicamente los hechos, se aludió simultáneamente a artículos de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio y a las normas del Código Penal argentino.

A la vez, en este caso, la defensa nuevamente cuestiona el cambio de figura, sobre la base de que -hasta los alegatos- los hechos habían sido calificados como crímenes contra la humanidad, y *“que los elementos típicos de una y otra figura resultarían tan disímiles que la variación no puede reducirse a un simple cambio de calificación legal, sino que entrañó una mutación impermisible de la plataforma fáctica y resultó en un menoscabo del derecho de defensa”*.

Pero además, es el segundo de los precedentes analizados –el primero es el voto del Juez Triputti en el caso Stricker – Ejército 2- en el que se plantea expresamente un cuestionamiento vinculado con la aplicación analógica de la ley penal. En tal sentido, al casar el fallo, la defensa indicó que *“el a quo realizó una interpretación por analogía de los elementos del crimen en cuestión que, tal y como está definido en el art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, excluiría del alcance de su tutela a integrantes de colectivos políticos como los que fueron victimizados por los agentes de la dictadura y que, por lo demás, no pueden asimilarse a ninguna de las cuatro clases de grupos protegidos por la normativa internacional: grupos étnicos, nacionales, raciales o religiosos”*

También la defensa realiza un planteo novedoso vinculado con el pretendido impacto que la figura de genocidio tendría sobre el modo en que deberían considerarse los concursos delictivos cometidos en ese contexto, al afirmar que *“(e)n relación con la relación concursal establecida en la sentencia, (...) voto mayoritario incurrió en una contradicción insalvable puesto que si la finalidad común del plan delictual fue, como sostuvo el a quo, la implementación de un genocidio en contra de militantes políticos, todas las conductas enmarcadas en ese plan conllevan la misma voluntad realizadora y los delitos deben concurrir en forma ideal”*

Ahora, al abordar tales agravios el Juez Hornos los descarta por entender que la defensa no había demostrado que dicha calificación le hubiere ocasionado un perjuicio concreto, en tanto *“la única consecuencia derivada de esa calificación legal, en lo que a los hechos aquí juzgados refiere, está vinculada con la imprescriptibilidad de los –así llamados– “delitos subyacentes” del derecho penal interno en los que se materializó el crimen internacional en los hechos”,* y la imprescriptibilidad subsistiría en tanto tales delitos fueron considerados a lo largo de la sentencia, también, como crímenes contra la humanidad.

A la vez, aborda específicamente el argumento vinculado con la pretendida inconsistencia del encuadre de los hechos como genocidio y el modo concursal – concurso real- que había establecido la sentencia. Al respecto, señala que: *“cabe mencionar que no resulta válido el argumento de la defensa en virtud del cual postula que la determinación por parte de los sentenciantes de que todos los hechos juzgados obedecieron a una práctica genocida única es inconsistente conceptualmente con la pluralidad fáctica subyacente al concurso material de delitos; antes bien, la propia naturaleza de los crímenes de masas, como aquellos que constituyen el objeto procesal de estas actuaciones, está signada por el carácter pluriofensivo de los hechos que lo integran”*.

Caso Ceparo (23 de marzo de 2018)³⁵⁵.

En el presente caso, el Tribunal Oral de Paraná calificó a los hechos como *“delitos de lesa humanidad ocurridos en el contexto histórico del terrorismo de Estado que asoló nuestro país, en el marco del Segundo Genocidio Nacional perpetrado entre los años 1975 y 1983”*

Al recurrir en casación, la defensa cuestionó que ello infringía el principio de legalidad y congruencia, atento a que no se habían hecho saber los elementos objetivos y subjetivos de la figura y afirmó, además, que no se daban los elementos objetivos del tipo.

La CFCP, tal como ocurre en otros precedentes (y citando expresamente el caso “Dupuy”, antes referido), descartó el cuestionamiento por entender que no se había demostrado perjuicio alguno, en tanto los hechos habían sido subsumidos en los tipos penales del Código Penal vigentes al momento de los hechos.

Como dato adicional, valga mencionar que la CFCP citó expresamente el fundamento referido a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio que había plasmado el Tribunal Oral al rechazar esos cuestionamientos, en el sentido de que: *“la pretensión de la querrela no pone en riesgo el principio de legalidad, porque no ha postulado la aplicación exclusiva de la Convención o la subsunción de los hechos directamente en la figura del art. 2Q de la CPSG, el que - aunque vigente- al no ser un tipo penal con pena asignada en el derecho interno argentino no es exclusiva ni directamente aplicable pues carece de operatividad”*.

³⁵⁵ CFCP. Sala II Causa N° FPA 13000001/2012/to2/cfc2 "Céparo, Atilio Ricardo s/ recurso de casación". Registro Nro. 141/18. 23 de marzo de 2018.

Caso ex magistrados federales – Petra Recabarren y ots. (5 de septiembre de 2019)³⁵⁶.

En este caso, si bien el voto preopinante del Juez Hornos no aborda el tema de la figura de genocidio -que había sido introducido por las defensas en las breves notas presentadas ante la instancia casatoria-, sí lo hace -a su turno- el Juez Borinsky, dedicándole un apartado específico al tema (ver en la pág. 285). No obstante, citando nuevamente el precedente Migno, descarta los agravios al considerar que *“la circunstancia de que el tribunal “a quo” haya incluido, dentro de la calificación legal (...) la declaración de que esos hechos se cometieron “en el contexto del delito internacional de genocidio”, no produjo efectos jurídicos concretos respecto de la situación de los condenados”*. También reitera, como lo hizo en Migno, que las consecuencias jurídicas que permitieron el juzgamiento de estos delitos derivan de haberse considerado los hechos como crímenes contra la humanidad, por lo cual “el agregado de la referencia al delito internacional de genocidio” no impacta sobre la situación procesal de los acusados.

4.5. Los precedentes de los Tribunales Orales

Si bien en los apartados previos hemos hecho referencia a diversos fallos de Tribunales Orales, en el presente nos concentraremos en dos de ellos, que suelen ser considerados señeros en ese punto en razón de haber constituido las primeras sentencias condenatorias en las que la figura de genocidio fue expresamente considerada: los casos “Etchecolatz” y “Von Wernich”.

Algunos autores han puesto también en valor que dichas sentencias fueron luego confirmadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin embargo, debe señalarse que en ninguno de ambos casos dicho tribunal se pronunció sobre el tema que nos ocupa, sino que se limitó a rechazar los recursos extraordinarios articulados por las defensas, por lo cual *stricto sensu* no pueden ser invocados para afirmar que esta calificación constituye el camino trazado por la Corte en este punto. Tampoco la Cámara Federal de Casación Penal abordó tales extremos en ninguno de los dos casos (de hecho, esa es la razón por la cual su tratamiento se reservó para el presente apartado, referido a decisiones de Tribunales Orales particularmente relevantes).

Sin perjuicio de ello, además de ser las primeras sentencias que avanzaron en esta línea, lo cierto es que se trata de casos en los que la calificación como genocidio fue

³⁵⁶ CFCP. Sala IV, FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1. Registro nro.: 1806/19. 5 de septiembre de 2019.

ampliamente desarrollada, y de allí su interés concreto para esta investigación. A la vez, el caso Etchecolatz, tiene el valor histórico de haber constituido el primer juicio oral y público desarrollado en el país tras la reapertura de los procesos luego de que la Corte resolviera la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso “Simón”. Tampoco puede dejar de mencionarse que fue precisamente en el marco de dicho debate y justamente el día previo a la sentencia, que se perpetró la segunda desaparición de Jorge Julio López, quien había brindado un testimonio protagónico en dicho juicio y que, hasta la fecha, continúa desaparecido.

Caso Etchecolatz (septiembre de 2006)³⁵⁷

El veredicto fue adoptado el día 19 de septiembre del 2006 por el Tribunal Oral N° 1 de la Plata. La condena contra Miguel Osvaldo Etchecolatz se sustentó en los tipos penales del Código Penal, y los hechos fueron calificados como *“delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983”*, en lo que constituye la primera utilización de esta “fórmula” que - como hemos visto- se reiteraría en otros diversos fallos nacionales que siguieron esta posición.

Los fundamentos, dados a conocer el 26 de ese mes y año, se encuentran desarrollados a través del voto del juez Carlos Alberto Rozanski, al que adhieren -en lo sustancial- los jueces Norberto Lorenzo y Horacio Alfredo Isaurralde.

No seremos aquí exhaustivos en cuanto a los términos en los que se fundamenta la calificación como genocidio, pero si valga cuanto menos consignar algunas de las premisas centrales.

En lo sustancial, y tras calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad, el fallo pasa a desarrollar los motivos por los cuales, sin perjuicio de aquello, deben ser conceptualizados también como genocidio, particularmente en razón del carácter que el derecho tiene como “productor de verdad”. A la vez, respalda también la relevancia de esta calificación en el cumplimiento del deber de investigar que pesa sobre el Estado argentino en razón de los compromisos internacionales asumidos y a tenor de lo señalado en tal sentido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el fallo Velázquez Rodríguez.

Para fundar la calificación propuesta, el fallo comienza por relevar el reconocimiento inicial que existió en torno a los grupos políticos como uno de los colectivos protegidos,

³⁵⁷ TOF N° 1 de La Plata, Causa N° 2251/06, seguida a seguida a Miguel Osvaldo Etchecolatz, sentencia con veredicto de 19 de septiembre del 2006 y fundamentos de 26 de septiembre de 2006.

tanto en la Resolución N° 96 de Naciones Unidas a la que ya se ha hecho referencia, como en el primer proyecto para la Convención de 1948, sin perjuicio de consignar que, como es sabido, fueron excluidos en la versión definitiva de dicho tratado como también de los instrumentos internacionales que lo sucedieron.

Posteriormente, ingresa en el análisis contextual de los delitos perpetrados en el marco de la última dictadura militar de nuestro país y releva la conceptualización como genocidio que de tales hechos realizó la justicia española -vgr. el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la ya citada causa Scilingo-. Alude también expresamente el desarrollo formulado por Daniel Feierstein -que aquí omitiremos en razón de haber sido ya consignado previamente en esta investigación-.

Sobre la base de tales premisas, y tras haberse aclarado que la calificación como crímenes de lesa humanidad *“no impide ni mucho menos ingresar al análisis acerca de si esos hechos fueron aislados o se enmarcaron en un proyecto mayor”*, el fallo plantea la conceptualización como genocidio en el marco del exterminio parcial de un grupo nacional.

Von Wernich³⁵⁸

El veredicto tuvo lugar el 7 de octubre de 2007 y los fundamentos fueron dados a conocer el 1 de noviembre de ese año. Esta sentencia fue adoptada también por el Tribunal Oral N° 1 de la Plata, con idéntica integración que en la anterior. A la vez, tal como en aquella, es el juez Carlos Alberto Rozanski el preopinante, a cuyo voto adhieren, en lo sustancial, los jueces Norberto Lorenzo y Horacio Alfredo Isaurralde

Al igual que la causa Etchecolatz, también aquí la fórmula utilizada en la sentencia es la de calificar los hechos como delitos de lesa humanidad cometidos en el contexto de un genocidio. En tanto este fallo reproduce, en lo sustancial, la fundamentación ya establecida en la causa Etchecolatz, corresponde remitirse al relevamiento realizado supra. Sin perjuicio de ello, baste solamente con señalar que, en esta oportunidad, el Tribunal, a través del voto de Rozanski, amplía las referencias al desarrollo realizado por Daniel Feierstein, concretamente incorporando -al referirse a la experiencia argentina- la conceptualización de *genocidio reorganizador* que formula dicho autor y relevando, a tales efectos, múltiples declaraciones de diversos protagonistas del accionar represivo estatal en apoyo de esa noción.

³⁵⁸ TOF N°1 de La Plata, Causa N° 2506/07, seguida a Christian Federico Von Wernich, sentencia con veredicto de 7 de octubre de 2007 y fundamentos de 1 de noviembre 2007.

A todos los ex presos nos ha sido muy difícil vivir, insertarnos en una sociedad, porque la discriminación ha sido realmente muy contundente en todo este tiempo. Hoy estoy contenta de que, aunque sea 34 años después, se esté haciendo este juicio, haya un tribunal como corresponde, y aunque los imputados estén muy viejitos creo que la impunidad no puede existir. Lo espero por mis hijos y por mis nietos. La impunidad hace que la injusticia genere mucha violencia.

Alicia Morales. Ex presa política. Compañera de Juan José Galamba (desaparecido). Testimonio brindado en el primer juicio por delitos de lesa humanidad celebrado en la Ciudad de Mendoza. Audiencia del 7 de diciembre de 2010.

5. TOMA DE POSICIÓN EN TORNO A LA CONSIDERACIÓN DE LA FIGURA DE GENOCIDIO EN EL PROCESO DE JUZGAMIENTO LLEVADO A CABO EN NUESTRO PAÍS

En lo que sigue, y a partir de todo el desarrollo precedente, procuraremos finalmente dirimir si la figura de genocidio puede ser válidamente considerada en el proceso de juzgamiento vinculado con los hechos perpetrados en nuestro país en el contexto de la última dictadura militar y, en caso afirmativo, de qué modo y con qué alcance.

A tales efectos, definiremos en primer lugar si su incorporación es posible en términos sustantivo criminales. En caso negativo, procuraremos seguidamente establecer si -no obstante aquello- puede ser aún tenida en consideración desde un plano no punitivo. Finalmente, y de ser el caso, corresponderá determinar si, además de ser posible, ello puede constituir un deber para los tribunales nacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, y previo a todo, formularemos una propuesta de *lege ferenda* que, aun cuando no hace estrictamente a la definición del problema planteado por nuestro objeto de estudio -en tanto no podrá tener incidencia sobre los procesos en curso-, entendemos puede resultar favorable para cualquier escenario futuro de eventual enjuiciamiento de crímenes de esta naturaleza.

Para mayor claridad expositiva, valga explicitar que, en tanto este apartado se apoyará sustancialmente en el análisis previamente desarrollado a lo largo de esta investigación, realizaremos las remisiones respectivas, a efectos de evitar reiteraciones innecesarias.

5.1. Propuesta de *lege ferenda*

De conformidad con el desarrollo realizado en esta investigación, y particularmente en atención a la premisa constatable del componente esencialmente político que todo genocidio exhibe y a las críticas consignadas en torno a la exclusión de los grupos políticos (véanse al respecto apartados 3.1.1.2.1 y 3.2.1), es claro que sería deseable la recepción normativa de ese colectivo entre los grupos protegidos por el tipo penal de genocidio definido en nuestro país, que fuera incorporado a la legislación nacional mediante ley 26.200 en los términos del Estatuto de Roma.

Por lo demás, y conforme fuera también establecido, ninguna objeción existe para proceder a dicha incorporación (véanse apartados 3.2.2.1.1)

Claramente, si bien ello no tendrá impacto sobre el proceso de juzgamiento que actualmente transitamos con relación a los hechos de nuestro pasado reciente (en razón de los límites que impone el principio de legalidad), constituye sin dudas el horizonte que debe procurarse.

Pero además, el progresivo reconocimiento legislativo de los grupos políticos entre los colectivos protegidos por la figura de genocidio por un número creciente de naciones contribuirá, sin dudas, a allanar paulatinamente el camino para adquirir nuevos consensos en torno a futuros tratados que, ya en el ámbito internacional, zanjen esta cuestión en forma definitiva.

A la vez, tal como se anticipó y al margen de los eventuales desarrollos convencionales, es claro que la recepción normativa en el derecho comparado puede contribuir a la conformación de una norma consuetudinaria que -a la par de los demás colectivos- incorpore también a los grupos políticos, en forma autónoma, como objeto de protección en la figura de genocidio (posibilidad ya examinada en el apartado 3.2.2.1.2).

En definitiva, la incorporación de tales grupos en forma expresa por parte de nuestra legislación nacional no sólo es viable sino deseable, en tanto además del evidente desarrollo que ello supondría en torno a la protección de aquellos en el plano normativo nacional, contribuiría también a la tutela progresiva de estos colectivos en el escenario internacional.

5.2. Plano sancionatorio: inviabilidad de su incorporación.

Si atendemos al análisis estructural formulado en el apartado 3.2 en torno a las posibilidades normativo criminales de considerar el delito de genocidio frente a

escenarios de destrucción grupal motivados en razones esencialmente políticas, resulta evidente que, en este plano, dicha figura no puede ser válidamente considerada en el proceso de juzgamiento que transita nuestro país.

En efecto, de conformidad con la sistematización que se formuló respecto a las posibilidades de consideración del genocidio por parte de la jurisprudencia local, es claro que los tribunales nacionales no podrán incorporar esa figura criminal con algún tipo de efecto punitivo, bajo ninguna de las dos variables examinadas, es decir: ni considerando a los colectivos políticos como grupos autónomamente protegidos (apartado 3.2.2.1.1, punto “b”), ni recurriendo a la conceptualización que los tutela al amparo de la noción de destrucción parcial de un grupo nacional (apartado 3.2.2.2.2.).

Y es que, según indicamos, su consideración autónoma dependería o bien de una norma convencional que así lo hubiere recogido a la época de los hechos que nos ocupan, o bien de una costumbre en ese mismo sentido -que aun cuando actualmente pudiera considerarse en desarrollo, es claro que no existía en el marco temporal abarcado por el objeto de esta investigación (3.2.2.1.2)-.

Por su parte, acudir a la idea de destrucción parcial de un grupo nacional exige igualmente, o bien una costumbre que así lo conceptualice -que tampoco se verifica hasta el momento (3.2.2.2.1, título “a”)-, o bien una interpretación convencional -que, como indicamos, no ha sido aún establecida y que, de serlo en el futuro, tampoco podría extender sus efectos hasta los hechos perpetrados en nuestro país (3.2.2.2.1 b y 3.2.2.2.2)-.

En definitiva, desde el plano normativo estrictamente sancionatorio, la figura de genocidio no puede ser válidamente considerada en el proceso de juzgamiento; sin perjuicio, claro está, de que su incorporación con un alcance conceptual o simbólico pudiere ser posible o incluso exigible, con base en las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, si ningún efecto punitivo puede desprenderse de la consideración del genocidio en los procesos penales en curso, resta entonces por definir cuáles de las variables de incorporación ensayadas por la jurisprudencia argentina deberían, entonces, ser descartadas.

5.2.1. Referencias en torno a su incorporación como tipo

Tal como surge no sólo de la jurisprudencia relevada en esta investigación con relación a la figura de genocidio, sino también de todas las sentencias que a lo largo del territorio

nacional califican los hechos como crímenes de lesa humanidad, es claro que la calificación legal de las conductas que constituyen el objeto de los procesos en curso en nuestro país se define, ineludiblemente, a partir de los tipos penales contemplados por la legislación local.

Naturalmente, ello obedece a que los instrumentos internacionales vigentes a la época de los hechos no contienen los presupuestos necesarios para llevar a cabo autónomamente un juicio penal -vgr. no definen penas-, por lo cual, si bien los tribunales locales pueden y deben considerar tales tratados -o la costumbre internacional- para categorizar determinados delitos como crímenes internacionales -y derivar, a partir de ello, consecuencias tales como la imprescriptibilidad-, necesitan sustentar el proceso penal en los tipos penales definidos por la legislación local.

No obstante, pueden observarse algunas decisiones que, aun cuando encuadran las conductas en los tipos penales nacionales vigentes al momento de su comisión, parecen pretender también -en forma simultánea- calificar tales acciones al amparo de las definiciones recogidas por la Convención de 1948. Incluso, algunas de ellas, realizan una suerte de ensamble en la adecuación típica, aludiendo conjuntamente a las normas nacionales e internacionales. Tal es el caso, por poner sólo algunos ejemplos, de los precedentes Manacorda³⁵⁹ o Almirón³⁶⁰, oportunamente examinados. Al respecto, caben las siguientes consideraciones.

Por un lado, advertimos que, *prima facie*, y en la medida en que no exista una subsunción exclusiva bajo las figuras del respectivo tratado, no existiría perjuicio alguno contra los acusados, en tanto el principio de legalidad se encontraría satisfecho por la invocación de las normas locales, tal como lo ha establecido expresamente la Cámara Federal de Casación Penal en el caso Ceparo³⁶¹. Sin perjuicio de ello, si tenemos en cuenta que, tal como hemos señalado, no es posible extraer consecuencias punitivas de la calificación como genocidio, resulta cuanto menos dudosa la utilidad de pretender

³⁵⁹ CFCP. Causa Nro. 366-368-370/2013 – Sala III “MANACORDA, Nora Raquel y otra s/ recurso de casación”. REGISTRO N°770/14. 16 de mayo de 2014. En lo que hace al presente capítulo, limitaremos la cita de este caso a la presente nota al pie, a efectos de evitar reproducirla innecesariamente en las referencias subsiguientes.

³⁶⁰ CFCP. Causa N° 10630/2009/TO1/28/CFC15. Sala IV. Registro N° 1762/17. 15 de diciembre de 2017. En lo que hace al presente capítulo, limitaremos la cita de este caso a la presente nota al pie, a efectos de evitar reproducirla innecesariamente en las referencias subsiguientes.

³⁶¹ Valga aclarar que si bien en ese caso el Tribunal Oral no había recurrido a esta doble subsunción entre el tipo de genocidio y los tipos del código penal, sino que aquella figura había sido invocada sólo como contexto, a la vez que los hechos habían sido calificados como crímenes contra la humanidad, lo cierto es que de todos modos la CFCP dejó en claro que invocar el tipo penal de genocidio de aquel tratado no genera perjuicio alguno, siempre que los hechos se califiquen bajo las figuras del código penal local. CFCP. Sala II Causa N° FPA 13000001/2012/to2/cfc2 “Céparo, Atilio Ricardo s/ recurso de casación”. Registro Nro. 141/18. 23 de marzo de 2018.

encuadrar típicamente las conductas de los acusados en aquella figura, en lugar de sólo invocarla como categoría jurídica general.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que casos como Manacorda o Almirón presentan otro problema, no ya vinculado con la doble subsunción bajo tipos penales internacionales y nacionales (lo que en principio, más allá de su escasa utilidad, no sería *per se* objetable), sino con el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con Ceparo, prescinden absolutamente de considerar la figura de crímenes contra la humanidad en la calificación de los hechos. Ahora bien, toda vez que esto último no es privativo de estas sentencias, sino también de otras que recurren al genocidio como categoría jurídica general, dicha cuestión será examinada seguidamente, al precisar la problemática que se suscita por la carencia de una base sustentable que permita derivar dicha figura efectos sancionatorios (vgr. la imprescriptibilidad).

5.2.2. Referencias sobre su relación con la imprescriptibilidad

Como anticipamos, parte de las decisiones que consideran el delito genocidio, aun cuando no lo hagan bajo la subsunción específica de los hechos bajo las distintas figuras que recoge la Convención de 1948, parecen derivar de dicha calificación diversas consecuencias punitivas, lo que resultaría improcedente de conformidad con el desarrollo formulado en esta investigación.

Esta falencia, tal como oportunamente consignamos, ha sido soslayada en ocasiones por la propia Cámara Federal de Casación Penal, la que en diversas hipótesis -y sin atender a las particularidades de cada caso- ha asumido invariablemente que la invocación del genocidio se limita al plano estrictamente simbólico (apartado 4.4), pese a que hay ciertos supuestos en lo que su consideración parece haber excedido ese ámbito³⁶².

Eso es lo que ocurre con aquellas sentencias que, no obstante prescindir de la categoría de crímenes contra la humanidad, declaran la imprescriptibilidad de los delitos. En esos

³⁶² Ello ha pasado también desapercibido para al menos parte de la doctrina que ha examinado esta cuestión. Así, por ejemplo, resulta desacertado lo afirmado por Maculan, cuando al analizar la jurisprudencia argentina en la materia, señala que *“el aspecto novedoso de todas estas sentencias es que la referencia al delito de genocidio no produce efectos prácticos para la persecución penal, a diferencia de los precedentes españoles mencionados”*. Véase: Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 270. Claramente, como veremos, hay casos en que los efectos prácticos sí fueron derivados de esa figura.

supuestos, podría inferirse que dicha consecuencia se está derivando de su calificación como genocidio.

El caso más visible en tal sentido es Manacorda, en el cual, como indicamos, el Tribunal Oral declaró incluso la nulidad parcial de la acusación sostenida por la fiscalía -que había considerado la categoría de crímenes contra la humanidad-, y calificó los hechos de forma exclusiva como *complicidad en el genocidio*. Algo similar ocurre en el caso Almirón, también oportunamente examinado.

Y si bien esas decisiones están salvaguardadas en el entendimiento de que, para los Tribunales Orales que así las dispusieron, la categoría de genocidio es una forma agravada de crímenes contra la humanidad, resulta desacertado omitir toda referencia a esta última categoría, en tanto constituye la única base normativa en la que puede sostenerse válidamente la imprescriptibilidad de tales delitos.

5.2.3. Referencias sobre su impacto en la pena

En consonancia con lo hasta aquí sostenido, si no pueden derivarse consecuencias punitivas de la calificación de genocidio, es claro que tampoco podrá dicha figura tener impacto en la determinación de la pena.

Así, cuando se esté frente a penas divisibles (no perpetuas), estará vedado ponderar ese encuadre jurídico como un parámetro válido para graduar la respuesta punitiva, en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Por el contrario, no hay ninguna objeción para que la conceptualización de crímenes de lesa humanidad sí sea valorada en ese sentido. Incluso, ya existen precedentes judiciales que efectivamente han contemplado esa calificación como uno de los elementos que conduce a apartarse ineludiblemente de los mínimos penales al analizarse las penas correspondientes a los delitos del Código Penal bajo los que se encuadran los hechos en cuestión, razonamiento que ha sido convalidado por la Cámara Federal de Casación Penal³⁶³.

³⁶³ Así, por ejemplo, en la causa FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1, caratulados “PETRA RECABARREN Guillermo Max y otros s/ recurso de Casación”, tramitada ante el Tribunal Oral de Mendoza, el Ministerio Público Fiscal había expresamente solicitado que, al determinar las penas correspondientes dentro de las escalas previstas por los delitos que allí se consideraban (privaciones abusivas de libertad, tormentos, etc.), se tuviera particularmente en cuenta que estos habían sido calificados como crímenes de lesa humanidad, extremo que conducía ineludiblemente a apartarse de los mínimos respectivos. Dicho criterio no fue recogido por la sentencia, por lo que formó parte de los agravios introducidos por la Fiscalía en la instancia casatoria. Al resolver la cuestión, la CFCP convalidó que tales premisas efectivamente debían ser ponderadas al momento de graduar la respuesta punitiva. Véase CFCP, SALA 4, FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1, Registro N° 1806/19, decisión del 5 de septiembre de 2019.

5.3. Plano simbólico: viabilidad y obligatoriedad de su consideración

Descartada la posibilidad de incorporar el delito de genocidio en términos sustantivo criminales, resta por determinar si, no obstante ello, puede -y/o debe- ser considerado en términos simbólicos o conceptuales -plano que, por supuesto, no deja por ello de ser también *jurídico*, pero en un sentido diverso al estrictamente punitivo-.

5.3.1. Validez hermenéutica de la conceptualización (remisión) y verificación, en el caso argentino, de las premisas fácticas en las que aquella interpretación se sustenta.

Como es evidente, cualquier pretensión de considerar esta figura en la experiencia argentina presupone, en primer término, validar la posición teórica que propicia la conceptualización de genocidio frente a determinados exterminios perpetrados por razones sustancialmente políticas. Atento a que este aspecto ha sido suficientemente abordado previamente (véanse apartados 3.1.1.2.1, 3.2.1 y, particularmente, 3.2.2.2.1 y 3.2.2.2.1.b) baste aquí con remitirnos a lo ya dicho al respecto.

Ahora bien, más allá de la validez hermenéutica, establecer esa conceptualización exige, además, verificar los extremos fácticos en los que aquella se sustenta, por lo que resulta necesario formular, cuanto menos sucintamente, algunas referencias en torno a esto último.

Al respecto, valga decir que el desarrollo realizado en esta investigación en torno a los hechos que constituyen nuestro objeto de estudio, arroja con toda claridad, que aquellos presupuestos fácticos se encuentran acreditados: en Argentina existió un genocidio, políticamente motivado, perpetrado a través del exterminio parcial del grupo nacional..

A tales efectos, baste con remitir a las propias constataciones sobre la experiencia criminal nacional que fueron relevadas al reseñar los posicionamientos que, en el ámbito nacional, han propiciado la calificación de genocidio para los hechos que nos ocupan (apartado 3.1.1.2.1).

Así, a tenor de los amplios fundamentos y hallazgos empíricos en los que Feierstein sustenta sus posiciones, difícilmente pueda refutarse que efectivamente, y tal como sostiene, el accionar represivo estatal desplegado en nuestro país tuvo, como finalidad central, la destrucción parcial del grupo nacional como tal. Y así fue, precisamente, porque se procuraba con ello redefinir la identidad misma de la nación.

En este punto, valga recordar que, como bien sostiene dicho autor, una nación supone -en su integración- la consideración de personas o colectivos cuya presencia, en definitiva, define la identidad grupal, con lo cual la redefinición del ser nacional puede ser efectivamente procurada a través de los efectos que la eliminación de aquellos colectivos provoca en el grupo en que se insertan. Precisamente esa es, según afirma, la finalidad perseguida por los procesos genocidas.

Igual relevancia tienen las diversas constataciones en las que dicho autor sustenta el traslado de tales premisas a la experiencia argentina, particularmente en razón de los múltiples elementos que releva para demostrar que la finalidad última del proceso de reorganización nacional fue, precisamente, la redefinición del ser nacional.

Finalmente, valga decir que gran parte de las decisiones judiciales abordadas en esta misma investigación, relevan otros diversos extremos fácticos que abonan la acreditación de estos mismos presupuestos (valga al respecto con remitirnos en todo al análisis realizado en el apartado 4).

En definitiva, resulta claro que la experiencia criminal argentina puede ser conceptualizada como genocidio en los términos abordados en esta investigación, en tanto no sólo resulta hermenéuticamente posible en función de la estructura interpretativa que fue oportunamente consignada, sino que se encuentran además acreditados los presupuestos fácticos en los que aquella estructura se sustenta. Ello, claro está, sin perjuicio de determinadas condiciones que deben ser tenidas en cuenta al delimitar el alcance, aún simbólico, de su incorporación conceptual. A esto último nos abocaremos en los apartados subsiguientes.

5.3.2. La ineludible preservación de la figura de crímenes contra la humanidad como correlato del carácter estrictamente simbólico de la incorporación del genocidio.

El carácter netamente simbólico mediante el que puede incorporarse la figura de genocidio supone, como contracara, la necesaria preservación de la figura de crímenes contra la humanidad. Y es que, si desde de la perspectiva del derecho penal sustantivo aquel delito no puede ser tenido en cuenta, resulta entonces evidente que la calificación de los hechos que nos ocupan como crímenes contra la humanidad inexorablemente persiste, en tanto -normativamente- no existe ninguna otra figura criminal cuya concurrencia deba examinarse a efectos de verificar si puede o no desplazar a aquella.

Precisamente a partir de esta premisa se derivan otras variables de análisis que deben ser tomadas en cuenta y que subsiguientemente examinaremos.

5.3.2.1. Análisis sobre la viabilidad de convergencia conceptual entre ambas figuras a partir de las relaciones concursales que hipotéticamente podrían plantearse entre ellas. La relevancia de la figura de crímenes contra la humanidad.

En primer lugar, advertimos que la incorporación del concepto de genocidio, incluso en términos estrictamente simbólicos, exige establecer, en forma previa, si efectivamente ambas figuras podrían coexistir en un escenario criminal como el que nos ocupa. Y es que, aun cuando no estemos frente a un análisis concursal propiamente dicho, mal podría tomarse con seriedad su consideración en la conceptualización de los hechos si se concluyere que dicha figura no puede converger, de ningún modo, con la de crímenes de lesa humanidad.

Esto nos lleva, por vía de hipótesis, a dirimir los potenciales concursos que, al menos en el plano teórico, podrían plantearse entre ambas figuras en caso de que las dos pudieran ser criminalmente consideradas en el caso argentino.

Pues bien, si se tiene por válida la conceptualización que supone enmarcar la experiencia argentina como destrucción parcial de un grupo nacional, estaríamos frente a acciones que cumplimentan simultáneamente los elementos típicos de una y otra figura, toda vez que los hechos que bajo esa posición podrían calificarse como genocidio, admitirían -al mismo tiempo- su conceptualización como crímenes de lesa humanidad en la modalidad de persecución.

Esto exige definir si ambas figuras deberían ser consideradas o si, por el contrario, una de ellas podría resultar desplazada por la otra. En otras palabras, y recurriendo a la terminología propia de nuestro orden jurídico continental (que, como veremos, y sin perjuicio de su equiparación conceptual, no es idéntica a la utilizada por la jurisprudencia internacional), implica determinar si deben aplicarse las reglas del concurso ideal o las del concurso aparente.

Como veremos, y aunque no se lo haya tratado explícitamente como una cuestión concursal, es esta última hipótesis (la del concurso aparente) a la que parecen adscribir aquellas posiciones de la doctrina y jurisprudencia nacional que propician la calificación exclusiva de los hechos bajo la figura de genocidio. Entendemos que dicha solución es equívoca, y que su error obedece precisamente a la desaprensión por el análisis concursal que debió ineludiblemente emprenderse para definir la cuestión. Incluso, la falta de tratamiento específico en este sentido dificulta determinar si, para estas posiciones, el desplazamiento de la figura de crímenes contra la humanidad se fundaría en el principio de consunción, en el de especialidad, en el de alternatividad, o en alguno

de los demás que tradicionalmente son considerados en la teoría de los concursos aparentes.

Así, por ejemplo, cuando Daniel Feierstein -y parte de la jurisprudencia que ha seguido sus postulados- sostiene que *todo genocidio es un delito de lesa humanidad pero no a la inversa*, o cuando conceptualiza a aquel como una forma agravada de este último, podría pensarse que está invocando -aun cuando no lo haga expresamente- una relación basada en el principio de especialidad o, en todo caso, en los principios de consunción o subsidiariedad. Sin embargo, cuando enfatiza el carácter pretendidamente indiscriminado que, según su posición, caracteriza al ataque configurativo de los crímenes de lesa humanidad y lo contrapone a la intención de destruir que define al tipo de genocidio, parece estar propiciando una relación de alternatividad -lo cual, evidentemente, resulta contradictorio con las afirmaciones previamente consignadas-.

Como ya hemos indicado, al menos parte de esta confusión deriva no sólo de la incorrecta interpretación que se ha realizado en torno a la inexigibilidad de una motivación discriminadora en los crímenes de lesa humanidad (de lo cual, como ya dijimos, no puede derivarse que dicha motivación deba indefectiblemente excluirse en ese fenómeno criminal), sino también de la desatención de las formas concursales que pueden verificarse entre uno y otro delito.

Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por tales posiciones, entendemos que el desarrollo realizado en esta investigación conduce a afirmar no sólo que el concurso ideal de ambas figuras es absolutamente posible -tal como desarrollaremos en las próximas líneas-, sino que además, frente a un caso como el argentino, el equívoco desplazamiento de la categoría de crímenes de lesa humanidad invisibilizaría ciertos extremos del fenómeno criminal perpetrado en nuestro país que, claramente, no pueden ser soslayados. Nos referimos, concretamente, al rol del Estado en la comisión de estos delitos, a la generalidad y sistematicidad del ataque que tuvo lugar en nuestro país, y a la escala de los crímenes perpetrados, aspectos que dan contenido a los elementos contextual y político de la figura de crímenes contra la humanidad y que, por el contrario, no encuentran necesariamente reflejo en el delito de genocidio.

Y es que, valga recordarlo, tales elementos resultan ineludibles en la conceptualización de los crímenes de lesa humanidad. En el caso del elemento contextual, su exigencia es manifiesta y no ofrece ningún tipo de dificultad (apartado 3.1.2.3), y en el caso del elemento político, así lo postulan la jurisprudencia y doctrina mayoritaria (apartado 3.1.2.4).

Por el contrario, y como también consignamos ya, la presencia de un elemento contextual en el delito de genocidio no sólo se encuentra sujeta a controversias, sino que incluso es refutada por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias -en tanto anclan el carácter internacional de este delito exclusivamente en el tipo subjetivo, prescindiendo de cualquier hecho global o elemento contextual en el cual los actos particulares deban insertarse, llegando incluso a admitir, como oportunamente explicamos, el genocidio de un solo hombre- (apartado 3.1.1.3). Pero, además, y según también sostuvimos, incluso las posiciones que postulan la exigibilidad de un elemento contextual en esta figura, omiten cualquier consideración en torno a un elemento político.

En otras palabras, si bien está fuera de discusión que un genocidio puede ser cometido por un Estado, y también puede ser perpetrado en el marco de un ataque general y sistemático contra la población civil, es claro que si tales extremos no integran el tipo internacionalmente definido -como postulan la doctrina y jurisprudencia internacional mayoritaria-, pues entonces no tendrán verdadera relevancia jurídica en una calificación que opte exclusivamente por esa figura.

Y es justamente en tales premisas donde radica el fundamento del concurso ideal que postulamos, toda vez cada una de tales figuras aporta elementos propios para el encuadre jurídico de los delitos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar.

Por el contrario, la calificación excluyente bajo la figura de genocidio de los hechos que nos ocupan (por entender, por ejemplo, que -bajo la modalidad que fuere- existe un concurso meramente aparente) traduciría la irrelevancia jurídico penal de aquellos extremos ya consignados, y que resultaron definitorios del accionar represivo que tuvo lugar en nuestro país.

Así, y haciendo incluso un paralelismo con uno de los argumentos invocados por parte de quienes sustentan la consideración de genocidio en los hechos perpetrados en nuestro país, podemos sostener que, así como la exclusión de dicha figura implica -efectivamente- una deficitaria conceptualización del fenómeno criminal bajo análisis, lo cierto es que el desplazamiento de los crímenes de lesa humanidad provocaría el mismo efecto.

En otras palabras, aun cuando Feierstein acierta al decir, por ejemplo, que el concepto de exterminio parcial permite indagar sobre aspectos en los que no avanza la figura de crímenes contra la humanidad, pasa por alto que esta última aporta su propia riqueza al análisis del fenómeno, en tanto -jurídicamente- para el delito de genocidio resultan irrelevantes (al menos para un sector mayoritario) extremos fundamentales de la experiencia criminal que tuvo lugar en nuestro país.

Pero además de lo dicho, si se examinan los parámetros trazados por la jurisprudencia y doctrina internacional en torno a los modos concursales entre una y otra figura, puede advertirse que ellos resultan absolutamente compatibles con la solución aquí propiciada.

En efecto, la cuestión ha sido tratada en el ámbito internacional al dirimirse la viabilidad de la denominada *acumulación de cargos*, análisis que se equipara, como veremos, a la teoría de las relaciones concursales más propia del *civil law* -y a la cual, incluso, algunos de tales casos harán expresa referencia-.

Así, ya en el caso Akayesu, tras tomar nota de que *“en los sistemas de derecho civil, incluido el de Ruanda, existe un principio conocido como concours ideal d’infractions que permite múltiples condenas por el mismo acto en determinadas circunstancias”*³⁶⁴, el Tribunal Penal para Ruanda estableció criterios generales bajo los cuales una misma plataforma fáctica podría ser calificada al amparo de dos o más figuras del respectivo estatuto. En tal sentido, señaló que debía tenerse en cuenta si los delitos en cuestión poseen o no elementos diferentes (i), si las normas que los tipifican protegen bienes jurídicos diversos (ii) y, por último, si resultaba necesario considerar o no las figuras bajo análisis para describir adecuadamente la conducta del acusado (iii)³⁶⁵. A *contrario sensu*, estableció que no debían considerarse dos figuras si una de ellas era la forma básica de otra más grave, *“como por ejemplo homicidio y lesiones graves, robo y hurto, violación y abuso sexual”*³⁶⁶.

Seguidamente, y precisamente sobre la base de tales postulados, señaló que las diversas figuras del Estatuto -entre ellas, y en lo que aquí nos interesa, el genocidio y los crímenes contra la humanidad- poseían elementos diversos y protegían intereses distintos: *“el crimen de genocidio existe para proteger a determinados grupos del exterminio o de la tentativa de exterminio”*, mientras *“los crímenes contra la humanidad existen para proteger a las poblaciones civiles de la persecución”*. Así, señaló que los diversos delitos del Estatuto tienen diferentes propósitos y, por lo tanto, nunca son coextensivos, por lo cual es posible considerar distintas figuras con relación a una

³⁶⁴ TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 467.

³⁶⁵ TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 468

³⁶⁶ También señaló que no debían considerarse dos figuras *si una de ellas preveía la responsabilidad como cómplice y la otra la responsabilidad principal, como por ejemplo el genocidio y la complicidad para el genocidio*, sin embargo advertimos que esta consideración no constituye tanto un criterio general, sino más bien una precisión puntual en torno a la definición del genocidio y su complicidad que establecía el Estatuto respectivo (ya que inicialmente se había discutido si esto último era una forma de participación o un delito independiente). TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 468.

misma plataforma fáctica incluso, *“según el caso, puede ser necesario condenar por más de una de tales figuras para reflejar qué crímenes cometió un acusado”*³⁶⁷.

Por lo demás, estableció también que no existía una jerarquía de gravedad entre las distintas figuras del Estatuto, indicando que ninguna de ellas era una figura atenuada que pudiese considerarse incluida en la otra. Consecuentemente, señaló que *“(s)i bien el genocidio puede considerarse el crimen más grave, no hay justificación en el Estatuto para determinar que los crímenes de lesa humanidad o las violaciones de los artículos 3 y protocolo adicional II constituyan, en todas las circunstancias, cargos alternativos al genocidio y por lo tanto delitos atenuados incluidos en aquella figura; (c)omo se dijo (...), estos delitos tienen diferentes elementos constituyentes (...), consideración que permite establecer múltiples condenas por tales delitos con relación al mismo conjunto de hechos”*³⁶⁸.

En definitiva, dicho Tribunal estableció con toda claridad la viabilidad de un concurso ideal entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad -aunque no lo definiera nominalmente de tal modo, en razón de que su análisis no se inserta en las categorías conceptuales del *Civil Law*, tal como dijimos-.

A la vez, y según subsiguientemente relevaremos, los parámetros consignados en Akayesu serían sostenidos -con matices, desarrollos y modificaciones, pero sin contradicciones manifiestas- por la jurisprudencia internacional mayoritaria que le siguió.

En este desarrollo corresponde hacer salvedad del caso Kayishema y Ruzindana³⁶⁹, en el cual se condenó exclusivamente por la figura del genocidio, al entenderse que, en el caso, ese delito desplazaba al de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, de dicha sentencia no surge objeción alguna para la hipótesis de concurso ideal que postulamos en lo referente a nuestro objeto de estudio. Y es que, no sólo es claro que los fundamentos de esa decisión procuraron apoyarse estrictamente en la plataforma fáctica que allí se examinaba -no equiparable al escenario criminal que nos ocupa-, sino que además, y por sobre todo, su razonamiento resulta claramente deficitario en torno al tema aquí tratado, habiendo sido incluso corregido con posterioridad.

Y es que, sin necesidad de profundizar al respecto, baste con señalar que el fallo limita su análisis al primer y segundo de los presupuestos establecidos por Akayesu (referidos

³⁶⁷ TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, párr. 469.

³⁶⁸ TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998.

³⁶⁹ TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-98-1-T a, Trial Judgement, 21 May 1999.

a los elementos de los delitos y a los intereses protegidos)³⁷⁰, sin formular ningún tipo de consideración sobre el tercero de los parámetros referidos por aquella decisión, vinculado con la necesidad de considerar más de una figura cuando ello es necesario para describir adecuadamente las conductas bajo análisis, extremo que, conforme lo señalado en los párrafos precedentes, resulta de suma relevancia al examinar la experiencia argentina, precisamente porque, de lo contrario, podrían carecer de significación jurídica elementos relevantes del accionar criminal perpetrado en nuestro país, como son los vinculados con la presencia del Estado, con el plan criminal, etc.

Pero además, al procurar relevar el primero de aquellos presupuestos (si las figuras poseen o no elementos diversos), el fallo confunde dicha premisa con el trabajo de constatación que necesariamente precede a la eventual determinación de un concurso ideal o aparente, consistente en verificar si determinada plataforma fáctica efectivamente cumplimenta los extremos de las dos figuras cuya relación procura establecerse. Digamos, una cosa es determinar si dos delitos suponen elementos diversos (que es precisamente lo que hizo Akayesu) y otra distinta es verificar si, en un caso en concreto, una misma conducta cumplimenta esos elementos distintos que uno y otro tipo penal exigen. Esto último es, evidentemente, una constatación fáctica que, de no producirse, no plantearía siquiera la necesidad de dirimir la naturaleza de un concurso, pero en modo alguno, esa constatación puede conducir a afirmar, como parece hacerlo el fallo, que una figura desplaza a la otra porque existe *superposición* de los elementos.

Y es que, efectivamente, la sentencia se ocupa de relevar el modo en que los hechos satisfacían las exigencias de una y otra figura (al afirmar, por ejemplo, que los integrantes del grupo al que se dirigía el exterminio eran al mismo tiempo civiles - conforme lo exige la figura de crímenes contra la humanidad-; o que la discriminación producida en el caso -al no basarse, alegadamente, en patrones políticos, sino en las características étnicas o raciales de las víctimas-, satisfacía, simultáneamente, las exigencias de ambas figuras; o que en el caso podía verificarse no sólo la intención específica para cometer genocidio, sino también la política que exigía la figura de crímenes contra la humanidad, etc.)³⁷¹. Y es precisamente a partir de ello que afirma que los elementos de una y otra figura se *superponen*. Por lo demás, esa confusión se traslada al análisis del segundo de los presupuestos establecidos en Akayesu, ya que

³⁷⁰ TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-9S-I-T a, Trial Judgement, 21 May 1999, párr. 627.

³⁷¹ TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-9S-I-T a, Trial Judgement, 21 May 1999, párr. 630-634-

la sentencia bajo análisis termina por señalar que, *cuando los elementos son los mismos* (premisa equívoca, tal como acabamos de establecer), *se puede decir que las leyes protegen los mismos intereses*³⁷².

Pero además, y conforme lo anticipado, tales criterios fueron corregidos en la jurisprudencia posterior, en la cual se retoman, sin perjuicio de ciertas modificaciones y matices, los presupuestos básicos ya establecidos por Akayesu. Algunos fallos destacan particularmente en este desarrollo.

Así ocurre con la sentencia adoptada en el caso Kupreškić³⁷³, en la cual, tras relevar - esta vez ya expresamente- las nociones de concurso real, ideal y aparente (y, en el marco de este último, los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) -precisamente porque, como releva el propio fallo, así lo había planteado una de las defensas al acudir a los *conceptos del civil law* para argumentar que la *acumulación de cargos en ese caso no era posible*)³⁷⁴-, el TPIY pasa a establecer cuáles son los criterios que deberán regir la decisión. Al emprender esta labor, la sentencia afirma que de los principales sistemas jurídicos del mundo es posible extraer ciertos principios comunes, conducentes para definir este tipo de situaciones³⁷⁵.

Así, delimita, en lo sustancial, una suerte de test progresivo. En primer término, e invocando un criterio conocido como *Blockburger test* (en razón del caso de referencia que se toma para ello, resuelto por la jurisprudencia de EEUU), postula la necesidad de definir si *“cada figura requiere la prueba de un hecho adicional que la otra no”*³⁷⁶. Seguidamente, y en lo que expresa una clara similitud con el primero de los parámetros establecidos en Akayesu, señala que, en definitiva, el test *“radica entonces en determinar si cada delito contiene un elemento que no es requerido por el otro. En caso afirmativo, cuando el acto delictivo en cuestión cumpla el requisito adicional requisitos de cada delito, el mismo acto constituirá un delito bajo cada provisión”*³⁷⁷.

El fallo también equipara tales postulados con las nociones propias del sistema continental y señala, por ejemplo, que la contracara del referido test está constituida por el *principio de especialidad*, en tanto *“si no se cumple el Blockburger test, se deduce que uno de los delitos cae enteramente dentro del ámbito del otro delito (ya que no*

³⁷² TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-9S-I-T a, Trial Judgement, 21 May 1999, párr. 635.

³⁷³ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000.

³⁷⁴ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000., párr. 658-667

³⁷⁵ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000, párr. 680

³⁷⁶ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000, párrs. 680-681.

³⁷⁷ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000.

posee ningún elemento que le falta al otro)". En similar sentido, alude al principio de especialidad recíproca, al señalar que esa conceptualización es a la que recurren los tribunales del civil law cuando *"cada una de las dos disposiciones exige la prueba de un hecho que la otra no (...)"*, por lo cual, según afirma, *"dicho principio conduce al mismo resultado que el Blockburger test"*³⁷⁸.

A la vez, y retomando la noción que había sido ya anticipada en Akayesu, expresa la correlación existente entre la doctrina conocida en el derecho internacional como *"lesser included offence"* y el *principio de consunción* propio del sistema continental, al señalar que ambos se basan en la idea de que, *"cuando se cumplen todos los requisitos legales de un delito menor se cumplen en la comisión de uno más grave, una condena en el más cargo grave abarca completamente la criminalidad de la conducta"*³⁷⁹.

Por último, en adición del *Blockburger test* -y del análisis que comparativo que a partir de él realiza con los restantes principios antes consignados-, pasa a referirse a la constatación de los intereses protegidos por cada norma, nuevamente retomando un postulado ya examinado en Akayesu. No obstante, aclara que la jurisprudencia comparada indica que *"raramente este criterio de otra forma que en conjunto y en apoyo de los demás test mencionados (Blockburger y especialidad recíproca, como también los principios de especialidad y consunción), Por lo cual, es poco probable que este test altere las conclusiones alcanzadas a través de la aplicación de aquellos principios"*³⁸⁰.

Ahora bien, aun cuando la interacción que el fallo debía dirimir se refería a las figuras de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra -ya que no existía allí acusación por genocidio-, es claro que los postulados teóricos que establece resultan absolutamente compatibles con la viabilidad del concurso ideal entre genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Con posterioridad, y tal como anticipamos en el apartado 3.1.2.5, los presupuestos teóricos de la jurisprudencia internacional en materia concursal pasarían a concretarse en la denominada doctrina del *"Celebici test"*, elaborada por la sala de apelaciones del TPIY en el caso Delalic y otros (conocido como *"Celebici"*)³⁸¹. Dicho test postula, en términos análogos a los hasta aquí expresados, que una misma conducta sólo puede ser calificada bajo dos figuras distintas si, recíprocamente, cada una de ellas supone un

³⁷⁸ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000.

³⁷⁹ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000.

³⁸⁰ TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000.

³⁸¹ TPIY, Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga") ("Celebici Case"), N° IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, 20 February 2001.

elemento materialmente distinto no contenido en la otra. A la vez, sostiene que un elemento es materialmente distinto de otro si requiere probar hechos que el otro no exige³⁸².

A *contrario* sensu, plantea que cuando este test no es superado y, por lo tanto, debe decidirse cuál figura prevalece, corresponde calificar la conducta bajo aquella norma más específica; es decir: aquella que contenga un elemento -materialmente distinto- que resulte adicional a los establecidos por la otra³⁸³. Valga referir que el test, así establecido, ha sido sostenido hasta la actualidad por la jurisprudencia mayoritaria³⁸⁴, parte de la cual será seguidamente relevada.

Ahora bien, como puede advertirse, no sólo cabe concluir que el *Celebici test* es concordante con los postulados previamente examinados -y por lo tanto, resulta en consonancia con la solución aquí propuesta-, sino que además, y tal como indicaremos, parte de la jurisprudencia emitida a partir de esa doctrina se ha pronunciado concretamente sobre el extremo que consideramos de mayor relevancia al analizar la experiencia argentina: esto es, la especificidad del elemento contextual y político en los crímenes de lesa humanidad y, con ello, la necesaria concurrencia de esa figura y la de genocidio cuando se está frente un escenario criminal en el que aquella previsión se verifica.

Sin dudas, uno de los fallos paradigmáticos en este punto fue el adoptado por la Sala de Apelaciones en el mencionado caso Krstić. Baste con recordar que en aplicación de este test, si bien inicialmente el Tribunal de juicio entendió que no existían elementos materialmente distintos entre ambas figuras -y, en lo que aquí respecta, que el ataque general o sistemático se encontraba implícito en el elemento subjetivo del tipo de genocidio y en la pauta manifiesta de conducta a la que aluden los *Elementos de los crímenes*-, lo cierto es que la Sala de Apelaciones llegó a la solución contraria, estableciendo expresamente que dicho ataque no constituía un elemento del genocidio en la definición contemplada por la Convención de 1948 y que tampoco estaba así contemplado por la costumbre internacional, por lo cual tampoco podían invocarse los Elementos de los Crímenes como reflejo de una costumbre que no existía al tiempo que Krstić había cometido su crimen³⁸⁵. Precisamente por ello, es que Werle afirma, con

³⁸² TPIY, Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga") ("Celebici Case"), N° IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, 20 February 2001, párr. 412

³⁸³ TPIY, Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga") ("Celebici Case"), N° IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, 20 February 2001, párr. 413.

³⁸⁴ En tal sentido, por ejemplo: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

³⁸⁵ TPIY, Prosecutor v. Radislav krstic, N° IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgement, 19 April 2004

base en dicho caso, que efectivamente los crímenes de lesa humanidad y el genocidio pueden ser simultáneamente considerados³⁸⁶. También releva dicho autor otros diversos fallos como expresión de que esta última figura no puede ser considerada *lex specialis* respecto de aquella³⁸⁷.

Y si bien el caso Al Bashir³⁸⁸, al que también nos referimos ya en el apartado supra citado, es interpretado por al menos parte de la doctrina como un pronunciamiento a favor de la exigencia de un elemento contextual en el delito de genocidio, lo cierto es que, como también indicamos, no sólo se trata de una decisión por ahora solitaria frente a la mayoría de la jurisprudencia internacional, sino que además ha sido mayoritariamente interpretada por la doctrina como atinente a una cuestión estrictamente jurisdiccional -y no sustantiva-, o bien lisa y llanamente objetada como equívoca.

Así las cosas, aun cuando en lo sucesivo pudiese avanzarse en favor de la exigencia de un elemento de esta naturaleza en el delito de genocidio, es claro que ello no podría tener incidencia sobre el análisis de los hechos sucedidos hace más de 40 años en nuestro país. Con lo cual, y precisamente teniendo en cuenta que al menos en la época de su comisión el elemento contextual era exclusivo de la figura de crímenes contra la humanidad (situación que, al menos para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, persiste incluso hasta la actualidad), es evidente que el *Celebici test* arrojaría la viabilidad del concurso ideal aquí planteado. Incluso, como ya indicamos, las posiciones que consideran la exigencia de un elemento contextual en el genocidio lo hacen, particularmente, a partir de lo estipulado por los Elementos de los Crímenes³⁸⁹, instrumento que no podría ser considerado al analizar la experiencia argentina.

³⁸⁶ Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 537.

³⁸⁷ En tal sentido, afirma dicho autor que “(d)e un análisis del tipo resulta que las condiciones de punibilidad demuestran diferencias esenciales: los crímenes contra la humanidad exigen la existencia de un ataque efectivo contra la población civil que no se exige en el delito de genocidio. Por el contrario, en el genocidio debe probarse la intención de eliminar parcial o totalmente a un grupo”. A la vez, releva diversos antecedentes que dan cuenta de la especificidad consignada. Véase: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional (Segunda Edición ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 537.

³⁸⁸ CPI, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009.

³⁸⁹ Tal es el caso, como indicamos, de Fernández-Pacheco Estrada, para quien la tradicional objeción que postulaban los Tribunales ad Hoc en torno al solapamiento entre ambas figuras (precisamente por la inexistencia de un elemento contextual en el delito de genocidio), no puede subsistir si se consideran los Elementos de los Crímenes, que -según lo entiende- constituyen *derecho aplicable* y permiten equiparar la exigencia contextual para el delito de genocidio que dicho instrumento exige con el elemento de esa naturaleza tradicionalmente considerado en los crímenes contra la humanidad. Véase: Cristina Fernández-Pacheco Estrada, «A propósito de la resolución de los concursos en derecho penal internacional. Análisis crítico a la luz del Estatuto de Roma,» de Temas actuales de investigación en Ciencias Penales (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010), 158.

Pero además, esa conclusión se reafirma si consideramos que, incluso de aceptarse la exigencia de un elemento contextual en el delito del genocidio a la época de comisión de los hechos que nos ocupan, siempre remanecería la ausencia del elemento político en la tipicidad de aquella figura, elemento que -por el contrario- sí debe ser verificado al calificar los hechos como crímenes contra la humanidad, al menos para la doctrina dominante. Por tal motivo, y precisamente teniendo en consideración el rol del Estado en los hechos perpetrados en nuestro país, es claro que en cualquier hipótesis esta última figura debería preservarse bajo las reglas del concurso ideal.

Advertimos que esta cuestión parece ser soslayada por quienes refutan la posibilidad de concurso entre ambas figuras. Tal es el caso, por ejemplo, de Liñán. Y es que, más allá de que dicho autor termina adscribiendo a la posición que exige en el delito de genocidio un elemento contextual (al afirmar, en definitiva, que este se encuentra implícito en la intención de destruir, conforme indicamos en el apartado 3.1.1.3), omite considerar que -aun de considerarse acertado ese solapamiento- la figura de crímenes contra la humanidad aún exhibiría, como elemento distintivo, el político -curiosamente, el propio autor reconoce a este último como exclusivo de este delito-. Por tal motivo, no podemos concordar con él cuando concluye que *“un genocidio en su modalidad de matanza a miembros de un grupo o sometimiento a un grupo a condiciones que hayan de provocar su destrucción física, siempre consumirá al crimen contra la humanidad de asesinato y de exterminio, pues el contexto típico del ataque generalizado o sistemático que exige el crimen contra la humanidad para su perfección ha de estar presente en el plan organizado que se ejecute para llevar a cabo al genocidio”*. Como dijimos, esa afirmación soslaya la ausencia de cualquier tipo de solapamiento con el elemento político³⁹⁰.

Y precisamente por ello, y teniendo en cuenta el carácter definitorio que el rol del Estado tuvo en la experiencia criminal argentina, es evidente, que aún si la jurisprudencia y doctrina mayoritaria se posicionara como Liñán en torno a las exigencias típicas del genocidio (reconociéndole elementos contextuales u objetivos) -lo cual, valga reiterarlo, podría ser incluso deseable, pero no es lo que hoy ocurre-, todavía persistiría una dimensión fáctica de lo ocurrido en nuestro país que exigiría, ineludiblemente, la

³⁹⁰ Lo mismo ocurre con el análisis formulado por Fernández-Pacheco Estrada, quien se limita a analizar la exigibilidad de un elemento contextual en el delito de genocidio (a partir de lo consignado por los Elementos de los crímenes) para pronunciarse en favor de un concurso aparente -por consunción- entre ambas figuras, sin reparar en la relevancia que debería tener en este examen la exigencia del elemento político que caracteriza a los crímenes contra la humanidad. Véase: Cristina Fernández-Pacheco Estrada, «A propósito de la resolución de los concursos en derecho penal internacional. Análisis crítico a la luz del Estatuto de Roma,» de Temas actuales de investigación en Ciencias Penales (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010), 159-160.

persistencia de la figura de crímenes contra la humanidad, por ser sólo en el elemento político de esta última donde encontraría un adecuado correlato valorativo.

En conclusión, y de conformidad con lo hasta aquí desarrollado, es claro que si ambas figuras serían susceptibles de concurrir idealmente en el caso argentino -en la hipótesis de resultar viable en términos normativo criminales-, pues entonces pueden también converger en el plano simbólico, aspecto este último que es concretamente el que aquí nos interesa.

Pero además, el análisis realizado conduce a poner en valor la relevancia conceptual que posee la calificación como crímenes de lesa humanidad de los hechos perpetrados en nuestro país durante la última dictadura militar, ya que, más allá de que constituya un imperativo normativo desde el punto de vista estrictamente criminal, aporta al proceso de juzgamiento argentino la valoración jurídica de extremos de suma relevancia que no encuentran adecuado reflejo en la figura de genocidio.

5.3.2.2. Breve referencia sobre el argumento de la evitación del efecto expansivo de los crímenes de lesa humanidad

Una última cuestión que resulta oportuno examinar al dirimir el vínculo entre las dos figuras bajo análisis, es la referida al argumento planteado desde aquellas posiciones que propician la consideración exclusiva del genocidio en la conceptualización de la experiencia argentina, consistente en afirmar que la calificación como crímenes de lesa humanidad frente a un escenario criminal que sería definitorio de genocidio estaría contribuyendo a la expansión de aquel concepto; el cual, según indican, ha sido progresivamente flexibilizado para abarcar situaciones no previstas originalmente en su definición -particularmente el terrorismo-.

Sin embargo, y como hemos señalado, además de ser la figura de crímenes contra la humanidad la única que puede válidamente ser considerada desde el punto de vista estrictamente criminal, lo cierto es que aun en la hipótesis de que ambas pudieran serlo, aquella aún persistiría en función de las relaciones concursales previamente establecidas. Así las cosas, mal puede decirse que se está “forzando” la expansión de aquel concepto, toda vez que, en definitiva, dicho tipo penal está siendo considerado en un escenario en el que claramente corresponde hacerlo -sin perjuicio de que, simultáneamente, y con el alcance aquí consignado, pueda ser también tenida en cuenta la figura de genocidio-.

Pero además, tampoco exhibe mayor validez la idea de que la figura de crímenes contra la humanidad sea más proclive a la expansión que la de genocidio. Como ya vimos,

basta con pensar en la hipótesis del genocidio de un solo hombre para dar cuenta de que el riesgo de flexibilización existe en torno a ambas figuras.

Evidentemente, la solución a esta problemática, en una u otra figura, debe radicar en el fortalecimiento de los elementos que pueden fungir como contención de la flexibilización denunciada (apartados 3.1.1.3 y 3.1.2.4). Y en este punto, tal como oportunamente relatamos, es precisamente el elemento político el que resulta dirimente para frenar cualquier pretensión expansiva en torno a la figura de crímenes contra la humanidad, elemento que, como también indicamos, podría verse licuado de la conceptualización de la experiencia argentina si se acudiera exclusivamente a la figura de genocidio.

5.3.3. Respaldo normativo para la consideración simbólica de esta figura y obligatoriedad de su incorporación.

Valga aclarar que utilizamos la expresión *incorporación simbólica* o *conceptual* del genocidio para diferenciarla de aquella de naturaleza estrictamente penal, lo que no significa que una consideración de aquel tenor esté desprovista de efectos jurídicos, como equívocamente parecen haber sostenido diversos fallos emitidos por la Cámara Federal de Casación Penal.

Ahora bien, a efectos de determinar hasta qué punto esta consideración simbólica es posible o incluso exigible, resulta necesario retomar algunas de las premisas trazadas al examinar las obligaciones que pesan sobre el Estado en torno a la investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos (apartado 3.3).

En tal sentido, resulta de particular relevancia la obligación de investigar -a cabalidad y con la debida diligencia- *las circunstancias* en que se produjeron los hechos. Y es que, precisamente en ese marco, si tomamos en consideración que la conceptualización de genocidio supone extremos no contemplados por la figura de crímenes contra la humanidad -concretamente, el referido a la intención de destruir total o parcialmente un grupo-, pues entonces resulta claro que, de relegarse completamente aquel concepto, ningún reflejo en el proceso penal tendría esta constatación fáctica, pese al rol central que ella tuvo en la experiencia criminal argentina.

Y si bien ello no podrá conducir, como ya hemos dicho, a la incorporación de aquella figura en términos de derecho penal sustantivo, tales obligaciones sí propician su exigibilidad como categoría simbólica, en tanto, desde el punto de vista aquí analizado, tal incorporación implicaría el adecuado reflejo de las circunstancias comisivas que caracterizaron el accionar criminal de nuestro país.

Y esta premisa general se ve reforzada si se acude a los estándares más concretos que la Corte IDH ha establecido con relación a los deberes de investigar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos de particular intensidad o gravedad (apartado 3.3.1.1). Y es que, la obligación de avanzar sobre la determinación de *patrones sistemáticos*, el *contexto* de comisión de los hechos, las *estructuras* involucradas en la acción criminal, y muy particularmente la determinación del *móvil* que aquella persiguió, tornan ya ineludible la necesidad de indagar sobre la intención de destrucción total o parcial de un grupo, sólo reflejada y exigida por el concepto de genocidio.

A la vez, la obligación de reparar adecuadamente el daño también tendrá particular incidencia sobre el tema que nos ocupa. Y es que, como oportunamente consignamos, la Corte ha enfatizado que frente a violaciones especialmente graves cobran aún mayor relevancia las denominadas medidas de satisfacción de alcance general y las garantías de no repetición que, como es sabido, se expresan en componentes esencialmente simbólicos. Desde esta perspectiva, la conceptualización como genocidio en los términos aquí propuestos contribuye también a satisfacer esa exigencia internacional.

Adicionalmente, debe también tomarse en consideración el impacto que sobre nuestro objeto de estudio tiene el derecho a la verdad (apartado 3.3.1.2). Y es que, si este concepto supone, en lo sustancial, la obligación estatal de determinar y dar a conocer los hechos configurativos de graves violaciones a los derechos humanos en el modo en que verdaderamente ocurrieron -y con independencia de las posibilidades de persecución penal-, pues entonces es claro que aun cuando la figura de genocidio no pueda ser criminalmente considerada, todavía puede exigirse su incorporación si ello constituye la forma adecuada de significar determinados extremos fácticos de la experiencia criminal argentina que hacen a la descripción real de lo *verdaderamente ocurrido*: concretamente, y como ya dijimos, la intención de destruir total o parcialmente al grupo nacional.

En otras palabras, aun cuando la determinación de la verdad judicial pueda enfrentar ciertos condicionamientos, ello no implica que dicha verdad pueda resignarse, sino que, por el contrario, subsiste un deber que, sin sustituir al juzgamiento, presupone avanzar de todos modos en el esclarecimiento de los hechos. A la vez, la dimensión colectiva del derecho a la verdad supone que, más allá de las consecuencias estrictamente punitivas, se determinen aquellos extremos que hacen a la reconstrucción integral del pasado.

Aún más, los procesos que oportunamente fueran tramitados en nuestro país en el marco del derecho a la verdad -juicios por la verdad- muestran con toda claridad que no

es novedoso exigir a los Tribunales penales cuestiones ajenas a la persecución criminal propiamente dicha, precisamente cuando tal exigencia se sustenta en las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado Nacional en materia de graves violaciones a los derechos humanos. Obligaciones que, como ya también relevamos, encuentran anclaje normativo en el Sistema Internacional de Derechos de Derechos Humanos, ya sea a partir de los propios deberes de investigar y sancionar, ya sea en razón de su vinculación con el debido proceso y la protección judicial, la libertad de acceso a la información o el alcance del concepto de reparación integral.

Y si bien podría decirse que el derecho a la verdad se encuentra ya satisfecho con la investigación y juzgamiento de los hechos, sin que importe demasiado el modo en que se estos se conceptualicen, lo cierto es que, como ya hemos consignado, la reconstrucción integral de lo ocurrido supone el abordaje ineludible de al menos aquellos extremos particularmente relevantes de determinada experiencia criminal y, en esa lógica, parece evidente que la intención de destruir total o parcialmente a determinado grupo constituye un aspecto central que no puede ser soslayado.

Y en este punto debemos disentir de opiniones como la expresada por Kai Ambos al analizar el fallo Vasiliauskas. Y es que, además de nuestras diferencias en torno al análisis realizado por ese autor sobre la base de una equívoca comparación entre la jurisprudencia argentina y lo resuelto en ese caso por el sistema judicial lituano (véase apartado 3.2.2.2.1), debemos también diferenciarnos en cuanto al rol que aquel reconoce a los Tribunales que se enfrentan a este tipo de escenarios. Y es que, tras examinar las diferencias entre lo postulado por la mayoría y la minoría del TEDH en ese caso, Kai Ambos plantea una suerte de dicotomía irreconciliable entre una posición que se apegaría al principio de legalidad y otra que, bajo la proclama de lucha contra la impunidad, flexibilizaría aquella garantía. Y es justamente en ese marco en el cual afirma que *“un tribunal, penal o de cualquier otra naturaleza, no es una comisión de la verdad. Por esta misma razón, comisiones de este tipo son establecidas en procesos de transición con el fin de complementar la labor de los jueces (penales), no con el objetivo de reemplazarlos. Precisamente, con relación al Derecho penal internacional es ampliamente reconocido que un llamado general a establecer por vía judicial registros históricos va más allá del mandato y de la capacidad de un tribunal de carácter penal”*³⁹¹.

³⁹¹ Kai Ambos, «Caso Vasiliauskas contra Lituania - El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos,» Revista para el análisis del Derecho (INDRET) (2016), 13.

Ahora bien, sin necesidad de realizar aquí un desarrollo exhaustivo sobre tales afirmaciones³⁹², baste cuanto menos con señalar dos cuestiones: a) por un lado, la dicotomía planteada por dicho autor soslaya absolutamente una tercera posibilidad, que es justamente la aquí proyectada, consistente en considerar categorías simbólicas que den cuenta de extremos de suma relevancia en la reconstrucción de la verdad, sin reconocerles a aquellas ningún tipo de efecto jurídico criminal y, por lo tanto, sin infringir en modo alguno el principio de legalidad; b) por otro lado, su valoración en torno a las responsabilidades del sistema de administración de justicia -pretendiendo limitarlas a cuestiones estrictamente criminales- omite cualquier tipo de consideración sobre las obligaciones internacionales que, en el marco del Sistema Internacional de Derechos Humanos, le son efectivamente exigibles.

Por similares razones, entendemos que, pese a lo interesante de su desarrollo, tampoco asiste razón a Elena Maculan cuando, al analizar críticamente la incorporación simbólica del genocidio en la experiencia judicial argentina, y siguiendo en ese punto a Lollini, cuestiona los riesgos de la “*juridificación del pasado y de la memoria*”, en tanto, según afirma, “*la asunción de esta tarea por parte del juez determina una expansión “externa” de su papel (...) y una invasión de espacios ajenos, propios de instancias extrajudiciales*”³⁹³. Nuevamente, advertimos aquí una percepción restrictiva sobre el rol del sistema de administración de justicia que entendemos no puede ser ya sostenido, precisamente por la incidencia que sobre ello ha tenido el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En otras palabras, y más allá del abordaje que desde otras disciplinas puede hacerse sobre el rol del derecho como “constructor de verdad” (véase apartado 3.1.1.2.1), lo cierto es que incluso desde el punto de vista estrictamente jurídico no puede seguir afirmándose que, al menos frente a determinados escenarios y bajo ciertas condiciones, el sistema de justicia penal no se encuentre habilitado para avanzar sobre cuestiones que comprometen diversos aspectos de la responsabilidad internacional del Estado.

Por lo demás, sobra decir que los temores que dicha autora expresa en cuanto a la posibilidad de *olvido de los límites y garantías del Derecho penal*³⁹⁴ es precisamente

³⁹² A mayor abundamiento, corresponde remitirnos al apartado 3.2.2.2.1, en el que se analizó el alcance e incidencia de aquel fallo.

³⁹³ Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 272-273.

³⁹⁴ Elena Maculan, «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio,» de La

una de las condiciones esenciales que deben ser tenidas en cuenta por el sistema de administración de justicia al abocarse a esta tarea, pero ello no significa que, siempre que tales límites no sean infringidos, ella no pueda llevarse a cabo.

Incluso, más allá de lo referido a la consideración del genocidio, lo cierto es que la propia jurisprudencia local en materia de crímenes contra la humanidad reconoce diversos ejemplos de declaraciones simbólicas que se formulan, precisamente, al amparo de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y sin ningún tipo de pretensión punitiva. Sólo a título ilustrativo, valga mencionar que, bajo tales premisas, y a instancia del Ministerio Público Fiscal, los Tribunales Orales de Mendoza han expresado con carácter declarativo y sin extraer de allí ningún tipo de consecuencia punitiva, que todas las mujeres detenidas en centros clandestinos de detención fueron víctimas de violencia por razones de género, o que también lo fue una mujer obligada a parir en cautiverio y cuya fuera apropiada en el marco del accionar represivo estatal³⁹⁵. En similar sentido, a instancia de la querrela, se ha *declarado* que determinado lugar funcionó como centro clandestino de detención³⁹⁶.

Por último, entendemos que lo hasta aquí expuesto resulta concordante con un concepto jurídico de genocidio que no debe ser limitado exclusivamente al ámbito estrictamente punitivo. Esta noción parece ir en consonancia con el desarrollo propiciado por De Prada, quien si bien no ingresa en el análisis específico planteado por nuestro objeto de estudio (referido a la incorporación simbólica de aquel concepto por parte de tribunales penales), abona, al igual que lo hacemos aquí, una definición jurídica que excede lo estrictamente criminal, precisamente tras tomar nota de aquella es sólo

Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 273.

³⁹⁵ Así, el punto resolutive 29 de la sentencia adoptada en autos N° 14000125/2006/TO1 del Tribunal Oral N° 1 de esa Provincia, dispuso “29º) *DECLARAR que las mujeres mencionadas en el dispositivo precedente fueron víctimas en un contexto de violencia en razón de su género*”. Por su parte, en el resolutive 8 de la sentencia adoptada en el marco de los autos XX de ese mismo Tribunal, se resolvió: “8º) *DECLARAR que los hechos padecidos por María del Carmen Moyano, en relación con la presente causa, fueron conductas cometidas en un contexto de violencia en razón de su género*”. Véanse: TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 14000125/2006/TO1, caratulados: “MENÉNDEZ SÁNCHEZ, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 bis inc. 1 C.P.” y sus acumulados. Sentencia N° 1836, veredicto de 20 de septiembre de 2018; y TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 14000811/2012/TO1, caratulados: “Fernández Armando y otros s/infr. art. 146 CP según ley 24.410, supresión del estado civil de un menor (art. 139 inc. 2 CP según texto original ley 11.179), falsedad ideológica conforme art. 292 último párrafo y uso de documento adulterado o falso (art. 296 CP)”. Sentencia N° 2172, veredicto de 02 de diciembre de 2021.

³⁹⁶ Así, en el punto resolutive 27 de la ya citada sentencia en Autos N° N° 14000125/2006/TO1 del Tribunal Oral N° 1 de Mendoza, se resuelve “29º) *DECLARAR que el denominado “Campo Las Lajas”, de jurisdicción de la Fuerza Aérea Argentina y ubicado en el Departamento de Las Heras de la provincia de Mendoza, fue utilizado por las autoridades de facto como centro clandestino de detención durante la dictadura militar*”. Véase: TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 14000125/2006/TO1, caratulados: “MENÉNDEZ SÁNCHEZ, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 bis inc. 1 C.P.” y sus acumulados. Sentencia N° 1836, veredicto de 20 de septiembre de 2018.

una de las expresiones que corresponde asignar a la conceptualización internacional de esa figura.

Y en tal sentido, tras examinar críticamente la exclusión de los grupos políticos y sociales por parte de las definiciones vigentes, postula que *“(l)a definición jurídica del crimen de genocidio no es en sí mismo un tipo penal, ni puede ser inmediatamente interpretado como tal, ni agota todas las posibilidades o manifestaciones que históricamente ha tenido esta conducta de destrucción de grupos (...), (c)onstruye además un sistema multinivel de protección internacional de minorías, que abarca, desde la responsabilidad penal internacional individual, a la responsabilidad penal a escala estatal, hasta la responsabilidad de los Estados también de diferentes formas, ante la Corte Internacional de Justicia y por otros medios ante instancias internacionales de derechos humanos, que incluso aún estarían por explorar. Desde estas perspectivas, las estrictiones y exclusiones en la definición carecen de verdadera justificación conceptual y jurídica, sin fundamento para ser mantenidas en la actualidad”³⁹⁷.*

Y precisamente en ese marco, dicho autor concluye que *“el reto actual para la academia, los juristas y la comunidad internacional, en cuanto que interesados en la protección eficaz de los derechos humanos, se debería centrar, no tanto en el estudio y consolidación del modelo resultante del paradigma del Holocausto, sino en recuperar la esencia misma del crimen de genocidio y despojarse de los aditamentos puramente accesorios que lastran la aplicabilidad efectiva de la Convención, ampliando la protección, sino la penal internacional que ciertamente es un proceso más largo y complicado, sí las penales internas de los Estados y la responsabilidades de éstos, a las nuevas y no tan nuevas manifestaciones del genocidio, que no deben verse lastradas por la tipificación penal del genocidio en la forma en como se ha cristalizado en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales”³⁹⁸.*

Por último, debe recordarse que, tal como oportunamente consignamos (apartado 3.3.2), el alcance y contenido de las obligaciones internacionales que hasta aquí han sido relevadas, resultan vinculantes para el sistema de administración de justicia local, no sólo porque son precisamente sus estructuras las que tienen a su cargo el efectivo cumplimiento de tales compromisos internacionales, sino porque además se encuentran

³⁹⁷ José Ricardo De Prada, «Introducción - Reflexiones sobre la evolución del concepto» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 70.

³⁹⁸ José Ricardo De Prada, «Introducción - Reflexiones sobre la evolución del concepto» de La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), 71.

condicionados por tales estándares en el cumplimiento de sus funciones, en razón del control de convencionalidad que les es exigible.

En definitiva, si a la par de su respectiva caracterización como crímenes contra la humanidad, los delitos perpetrados en el contexto de la última dictadura militar fueron también constitutivos de genocidio -tal como postulamos-, es claro que existen fundamentos normativos suficientes para avalar que así deban ser nombrados en el marco de los procesos actualmente en curso en nuestro país. Y es que, pese a que dicha conceptualización no pueda traducirse en términos de derecho penal sustantivo, constituye aún el correlato ineludible de la responsabilidad internacional del Estado y la garantía necesaria del derecho a la verdad.

Ya en la enfermería, María del Carmen se ve enfrentada a tener a su hijo en presencia de profesionales asistentes del campo de concentración (...), esto produce en ella un choque tan violento que pide a los gritos la presencia de una compañera. En ese momento, y ante la imposibilidad de dar a luz, los militares acceden a su petición. Yo, Sara Solars de Osatinsky fui conducida engrillada a ayudar a María del Carmen. Ella no aguantaba el ruido de mis cadenas cuando me desplazaba en torno a ella. Comienza entonces a suplicar que me las quiten, cosa que le fue negada. Nació una niña entre el sonido de los grilletes y el llanto de María del Carmen.

Relato escrito brindado Ana María Martí y Sara Solars de Osatinsky ante la Organización de Naciones Unidas, ambas sobrevivientes de la ESMA. El testimonio se refiere a María del Carmen Moyano, mendocina, secuestrada en La Perla junto a su esposo, Carlos Poblete, ambos actualmente desaparecidos. En el marco de los juicios celebrados en el país pudo acreditarse que María del Carmen fue trasladada desde La Perla a la ESMA, donde dio a luz a su hija, quien fue apropiada por el aparato represivo estatal. El testimonio de Sara y Ana María fue incorporado al juicio en el que se condenó a los responsables de la apropiación de esa niña en la Provincia de Mendoza. Su nombre es Miriam, y hoy conoce su verdadera identidad.

6. CONCLUSIONES

Conforme lo hasta aquí desarrollado, y a partir de la estrategia metodológica planteada, podemos concluir que la hipótesis central proyectada al inicio de la investigación resultó finalmente corroborada, en tanto es posible afirmar que, bajo las premisas que fueron establecidas y con el alcance simbólico oportunamente delimitado, no sólo es plausible la incorporación del concepto de genocidio en el proceso de juzgamiento actualmente en curso en nuestro país, sino que su consideración se torna ineludible en el marco de las obligaciones internacionales que enfrenta nuestro Estado en esta materia.

En efecto, la indagación sobre el alcance y desarrollo de las dos figuras involucradas - genocidio y crímenes de lesa humanidad-, y particularmente, el análisis estructural sobre las posibilidades normativo criminales para considerar la primera de ellas frente a escenarios de destrucción grupal motivados por razones esencialmente políticas, nos llevó primeramente a determinar que, en el caso del proceso de juzgamiento que se lleva adelante en nuestro país, no resulta admisible ningún tipo de incorporación de esa figura de la que pudieren desprenderse consecuencias punitivas. Por el contrario, la categoría de crímenes contra la humanidad es la única que puede ser válidamente considerada en términos de derecho penal sustantivo.

Sin perjuicio de lo anterior, los hallazgos constatados en torno al carácter restrictivo de las definiciones de genocidio actualmente vigentes y, como correlato de ello, la ponderación positiva que corresponde hacer sobre la exégesis planteada por la doctrina y jurisprudencia nacional en torno a la conceptualización de la experiencia criminal

argentina como un supuesto de destrucción parcial de un grupo nacional, nos impulsó a examinar si esa propuesta, además de ser hermenéuticamente adecuada, podía resultar compatible con la ineludible preservación de la figura de crímenes contra la humanidad como única categoría estrictamente criminal en la que corresponde anclar los procesos en curso.

Verificada aquella compatibilidad, nos abocamos a dirimir si la incorporación del genocidio como categoría conceptual o simbólica, además de ser plausible, podía ser considerada parte de las responsabilidades internacionales del Estado en esta materia, particularmente tras constatarse que constituía una condición necesaria para reflejar jurídicamente uno de los extremos fácticos de mayor relevancia en la perpetración de los hechos que constituyen el objeto de esta investigación, como es referido a la intención de destruir parcialmente el grupo nacional.

Precisamente en ese marco, es que el relevamiento sobre el alcance y proyección de los deberes de investigar, sancionar y reparar graves violaciones a los derechos humanos, como también la ponderación del derecho a la verdad que emerge frente a fenómenos criminales de tal envergadura, nos condujo a concluir que, efectivamente, la conceptualización como genocidio de los hechos perpetrados en nuestro país constituye el correlato ineludible de las obligaciones internacionales inicialmente determinadas.

Desde esta perspectiva, y no obstante la relativa imprecisión constatada en el abordaje que en torno a esta temática ha realizado buena parte de la jurisprudencia nacional, advertimos que, con salvedad de algunos casos aislados, las decisiones judiciales que han recogido dicha figura lo han hecho, mayoritariamente, bajo los parámetros conceptuales o simbólicos que aquí se consideran admisibles. Entendemos que los resultados de esta investigación no solo validan esa posibilidad, sino que la ponen en valor, precisamente porque en ella se expresa satisfactoriamente el cumplimiento de los compromisos internacionales en la materia. Pero además, y como también señalamos, no podemos dejar de advertir que este tipo de pronunciamientos constituyen un aporte relevante para el desarrollo progresivo de la figura que nos ocupa, que de seguir en la senda ya iniciada, podrá despojarse en el futuro -esperemos que cercano- del lastre restrictivo que la ha caracterizado durante los últimos años.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DEMÁS FUENTES

7.1. Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor. 2017. *Comentarios sobre el caso Fontevecchia, La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*. Buenos Aires: Centro de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de Planificaciones y Políticas Públicas, Universidad Nacional de Lanus.
- Abramovich, Víctor. 2012. «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de Derechos Humanos.» *Revista Digital de Derechos Humanos Año 1 - N° 1* (Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).
- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. 2000. *El acceso a la información como derecho - Anuario de Derecho a la Comunicación, Año 1 Vol. 1*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Abregú, Martín, y Ariel Dulitsky. 1994. «Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno (artículo).» *Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires. Lecciones y Ensayos, no. 60-61*. Buenos Aires. Último acceso: 25 de Marzo de 2022. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/las-leyes-ex-post-facto-y-la-imprescriptibilidad-de-los-crimenes-internacionales-como-normas-de-derecho-internacional-a-ser-aplicadas-en-el-derecho-interno.pdf>.
- Aguiar Aranguren, Asdrúbal. 1993. «La responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José).» *Revista IIDH – Volumen 17* (IIDH).
- Albanese, Susana. 2008. «La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional.» En *El control de convencionalidad*, de Susana Albanese, 13-45. Buenos Aires: Ediar.
- Ambos, Kai. 2010. «¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?» *Revista Penal - N° 26* 46-64.
- Ambos, Kai. 2016. «Caso Vasiliauskas contra Lituania - El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.» *Revista para el análisis del Derecho (INDRET)*.
- Ambos, Kai. 2012. «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional.» *Revista General de Derecho Penal - 17* 1-30.
- Ambos, Kai. 2004. «Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional.» En *Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Ibañez.
- Ambos, Kai, y María Laura Böhm. 2010. «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir».» *Revista Penal - N° 26* 65-78.
- Antkowiak, Thomas, y G. Patricia Uribe Granados. 2019. «Artículo 9 - Principio de legalidad y de retroactividad.» En *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Comentario*, de G. Patricia Uribe Granados, editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, 323-338. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

- Barboza, Julio. 2008. *Derecho Internacional Público*. Segunda Edición. Buenos Aires: Zavalía.
- Bazán, Víctor. 2020. «Capítulo Primero - La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado.» En *Vulneraciones a los Derechos Humanos - Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, de Víctor Bazán, 3-76. Buenos Aires: Astrea.
- Berg Institute. 2018. *Totalmente extraoficial - Autobiografía de Rafael Lemkin*. Editado por Donna-Lee Frieze y Joaquín González Ibáñez. España: Berg institute-fundación Berg oceana aufklärung.
- Chalk, Frank, y Kurt Jonassohn. 2010. *Historia y sociología del genocidio: análisis y estudio de casos*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Cryer, Robert, Håkan Friman, Darryl Robinson, y Elizabeth Wilmshurst. 2007. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. New York: Cambridge University Press.
- De Prada, José Ricardo. 2019. «Introducción - Reflexiones sobre la evolución del concepto» En *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9*, de Héctor Olasolo y Pilar Eirene De Prada, 29-74. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Dondé Matute, Javier. 2012. *Tipos penales en el ámbito internacional*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Feierstein, Daniel. 2016. «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales” - Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria.» *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales - Vol. LXI, N° 228* 247-265.
- Feierstein, Daniel. 2007. *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Feierstein, Daniel. 2009. «Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina.» En *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*, de Daniel Feierstein, 9-32. Buenos Aires: Prometeo Libros: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD.
- Feierstein, Daniel. 2008. «La Argentina: ¿genocidio y/o crimen contra la humanidad? Sobre el rol del derecho en la construcción de la memoria colectiva.» *Revista Nueva Doctrina Penal 2008/A* (Del Puerto).
- Feierstein, Daniel. 2008. *Seis estudios sobre genocidio - Análisis de las relaciones sociales, otredad, exclusión, exterminio*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Fernández-Pacheco Estrada, Cristina. 2010. «A propósito de la resolución de los concursos en derecho penal internacional. Análisis crítico a la luz del Estatuto de Roma.» En *Temas actuales de investigación en Ciencias Penales*, de Lina Mariola Díaz Cortés, 139-162. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Gil Gil, Alicia. 2000. «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. .» *Revista de Derecho Penal y Criminología - 2da. Época. N° 6* 103-138.
- Gil Gil, Alicia. 2003. «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.» *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*.

Último acceso: 25 de Marzo de 2022.
<https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/2-alicia-gil.pdf>.

- Gil Gil, Alicia. 2019. «El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual.» En *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9*, de Héctor Olasolo y Pilar Eirene De prada, 453-498. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- González Napolitano, Silvina S., Jorgelina E. Mendicoa, Lucía I. Gómez Fernández E., Mariela Aisenstein, Aldana Rohr, Renzo Lavin, Alan Vogelfanger, y otros. 2013. *La responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*. Primera Edición. Buenos Aires: Avellaneda: SGN Editora.
- Gordillo, Agustín, Gregorio Flax, Adelina Loiano, Guillermo A. Gordo, Marcelo López Alfonsín, Marcelo Ferreira, Carlos E. Tambussi, y Alejandro Rondanini. 2007. *Derechos Humanos*. Sexta Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Lemkin, Raphael. 2008. *Axis Rules in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Segunda Edición. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.
- Liñán, Alfredo. 2019. «Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad.» En *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9*, de Héctor Olasolo y Pilar Eirene De Prada, 365-398. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Lozada, Martín. 2019. *Crímenes de lesa humanidad y genocidio – Cómo calificar la violencia estatal en la Argentina (1976-1983)*. Primera Edición. Viedma: UNRN.
- Lucchetti, Alberto J. . 2008. «Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad.» En *El control de convencionalidad*, de Susana Albanese, 131-162. Buenos Aires: Ediar.
- Maculan, Elena. 2019. «La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio.» En *La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9*, de Héctor Olasolo y Pilar Eirene De Prada, 255-288. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nino, Carlos Santiago. 2015. *Juicio al mal absoluto ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Olasolo, Héctor, Daniela Suárez, y María Paula López. 2019. «El principio nullum crimen sine iure y el elemento contextual del delito de genocidio.» En *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9*, de Héctor Olasolo y Pilar Eirene De Prada, 425-452. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ortiz Ahlf, Loretta. 2006. «Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.» En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, de Claudia Matin, Diego Rodríguez-Pinzón y José Antonio Guevara B., 23-48. México: Universidad Iberoamericana, Washington College of Law - Americana University, Distribuciones Fontanarrosa.

- Paz Mahecha, Gonzalo Rodrigo. 2009. «Raphael Lemkin, padre de la convención sobre genocidio.» *Nuestra Memoria Año XV · Nº 31* 11-128.
- Pérez Caballero, Jesús. 2013. «Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacióna.» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Pérez Caballero, Jesús. 2014. «La revalorización del elemento político en el art. 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal – Una propuesta de interpretación del concepto de organización en los crímenes contra la humanidad.» Editado por Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (UNED). *Revista para el análisis del Derecho (INDRET)*.
- Rodríguez Eggers, Esteban Carlos. 2018. *La Corte Penal Internacional - Funcionamiento y crímenes de su competencia*. Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez Infante, Daniel E. 2018. «Las víctimas, familiares y organismos de derechos humanos en el proceso de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad: la proyección de estos procesos y su potencial transformador.» En *Nosotrxs cuando decimos...el cuerpo y la palabra en los juicios por delitos de lesa humanidad*, de Inés Lucero Belgrano y Pablo Seydell, 103-132. Mendoza: EDIUNC.
- Rodríguez Infante, Daniel E. 2017. *Transformación institucional y juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad. Ponencia Mendoza*. Último acceso: 25 de marzo de 2022. <https://bdigital.uncu.edu.ar/10260>.
- Rostica, Julieta Carla. 2009. «Interpretaciones de la historia reciente y memoria colectiva. Guatemala y el proceso de democratización.» En *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*, de Daniel Feierstein, 73-100. Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD.
- Sancinetti, Marcelo A., y Marcelo Ferrante. 1999. *El derecho penal en la protección de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL.
- Sands, Philippe. 2018. *Calle Este-Oeste - Sobre los orígenes de "genocidio" y "crímenes contra la humanidad"*. Segunda Edición. Traducido por Francisco J. Ramos Mena. Barcelona: Anagrama.
- Travis, Hannibal. 2017. «Sobre la comprensión originaria del crimen de genocidio.» *Revista de estudios sobre genocidio - Año 8, volumen 12* 102-128.
- Ventura Robles, Manuel E. 2007. «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad.» En *Estudios sobre el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos*, de Manuel E. Ventura Robles, 345-370. San José de Costa Rica: Editor Manuel E. Ventura Robles.
- Ventura, Manuel J. 2019. «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948.» En *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Volumen 9*, de Héctor Olasolo y Pilar Eirene De Prada, 145-190. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vezzetti, Hugo. 2009. *Pasado y presente*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Werle, Gerhard. 2011. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Segunda Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.

7.2. Jurisprudencia internacional y demás decisiones emitidas en trámites internacionales de carácter contencioso

7.2.1. Sistema Interamericano de DDHH

- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.
- Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párrs. 31-32; Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.
- Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.
- Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352.
- Corte IDH. Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256.
- Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Corte IDH. Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018. Serie C No. 356
- Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.
- Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.
- Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.

- Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. Caso familia Julien Grisonas vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. serie c número 473.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017.
- Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301.
- Corte IDH. Caso García Prieto y otro Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168.
- Corte IDH. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353.

Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.

Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96.

Corte IDH. Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269.

Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.

Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360.

Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.

Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas). Serie C No. 7.

Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

CIDH. Informe N° 21/00, Caso 12.059 - Carmen Aguiar de Lapacó (Argentina). 29 de febrero de 2000.

CIDH, Informe No. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999

7.2.2. Sistema Europeo de DDHH

Comisión Europea de DDHH, Paul Touvier v. Francia, N° 29420/95, 13 de enero de 1997.

TEDH, Jorgic vs. Alemania, N° 74613/01, 12 de octubre de 2007.

TEDH, Kolk y Kislyiy v. Estonia, N° 23052/04 y 24018/04, 17 de enero del 2006.

TEDH, Kononov v. Letonia, N° 36376/04, 17 de mayo de 2010.

TEDH, Papon contra Francia, No. 54210/00, 15 de noviembre de 2001.

TEDH, Strelitz, Kessler y Krenz v. Alemania, N° 34044/96, 35532/97 y 44801/98, 22 de marzo de 2001

TEDH, Vasiliauskas v. Lituania, N° 35343/05, 20 de octubre de 2015.

7.2.3. Corte Internacional de Justicia

CIJ, Caso concerniente a actividades armadas en el territorio del Congo (nueva petición: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), 3 de febrero de 2006.

CIJ, Caso concerniente a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), 26 de febrero de 2007

7.2.4. Tribunales Penales Internacionales

7.2.4.1. Tribunal de Núremberg

International Military Tribunal (Nüremberg), Judgement, 1 October 1946. En: <https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/> (Último acceso: 25 de marzo de 2022).

International Military Tribunal (Nüremberg), United States of America v. Alstötter et al. ("The Justice Case"), Judgement, 4 December 1947, En: https://www.academia.edu/38703288/United_States_of_America_v_Alst%C3%B6tter_et_al_The_Justice_Case_3_T_W_C_1_1948_6_L_R_T_W_C_1_1948_14_Ann_Dig_278_1948_OPINION_AND_JUDGMENT (Último acceso: 25 de marzo de 2022).

7.2.4.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, Prosecutor v. Alfred Musema, N° ICTR-96-13, Trial Judgement, 27 January 2000.

TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-95-I-T a, Trial Judgement, 21 May 1999.

TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, N° ICTR-95-I-A, Appeals Chamber Judgement, 01 June 2001.

TPIR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, N° ICTR-96-3-T, Trial Judgement, 06 December 1999.

TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-A, Appeals Chamber Judgement, 1 June 2001.

TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, N° ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998.

TPIR, Prosecutor v. Laurent Semanza, N° ICTR-97-20-, Trial Judgement, 15 May 2003.

TPIR, Prosecutor v. Nahimana et al. (Media case), N° ICTR-99-52-A, Appeals Chamber Judgement, 28 November 2007.

TPIR, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, N° ICTR-01-64-T, Trial Judgement, 17 June 2004.

7.2.4.3. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

TPIY, Prosecutor v. Blagojević & Jokić, N° IT-02-60-T, Trial Judgement, 17 January 2005.

TPIY, Prosecutor v. Brđanin, N° IT-02-60-T, Decision on interlocutory appeal, 19 March 2004.

TPIY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, N° IT-96-23-A, Appeals Chamber Judgement, 12 June 2002.

TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999.

TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "dule", N° IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997.

TPIY, Prosecutor v. Goran Jelusic, N° IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgement, 5 July 2001.

TPIY, Prosecutor v. Goran Jelusic, N° IT-95-10-T, Trial Judgement, 14 December 1999.

TPIY, Prosecutor v. Kordić & Čerkez, N° IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001.

TPIY, Prosecutor v. Kupreškić et al., N° IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 January 2000.

TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstic, N° IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgement, 19 April 2004.

TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstic, N° IT-98-33-T, Trial Judgement, 02 August 2001.

TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, N° IT-95-14-A, Appeals Chamber Judgement, 29 July 2004.

TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, N° IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000.

TPIY, Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga") ("Celebici Case"), N° IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgement, 20 February 2001.

7.2.4.4. Corte Penal Internacional

CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008.

CPI, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"), ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (Public Redacted Version - Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), 4 March 2009

7.3. Jurisprudencia Nacional

7.3.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN. Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus. Fallos 321:3555. 22 de diciembre de 1998.

CSJN. Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-. Fallos: 327:3312. 24 de agosto de 2004

CSJN. Bramajo, Hernán J. s/incidente de excarcelación. Fallos 319:1840. 12 de septiembre de 1996.

CSJN. Cauchi, Augusto s/ extradición. Fallos: 321:1928. 13 de agosto de 1998.

CSJN. Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Fallos: 315:1492. 07 de julio de 1992.

CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-. Fallos: 327:5668. 23 de diciembre de 2004.

CSJN. García Guzmán, Juan Carlos s/ extradición (solicitud CSJ. de Bolivia). Fallos: 319:2545. 05 de noviembre de 1996.

CSJN. Giroldi Horacio David y otro s/recurso de casación -Causa N° 32. Fallos: 318:514. 07 de abril de 1995.

CSJN. Gualtieri Rugnone De Prieto Emma Elidia y otros S/sustracción de menores de 10 años. Fallos: 332:1835. 11 de agosto de 2009.

CSJN. Gualtieri Rugnone De Prieto Emma Elidia y otros S/sustracción de menores de 10 años - inc. de apel. de prieto Guillermo Gabriel. Fallos: 332:1769. 11 de agosto de 2009.

CSJN. Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición. Fallos: 328:1268. 10 de mayo de 2005.

CSJN. Liendo Arriaga, Edgardo s/ extradición. Fallos: 319:510. 30 de abril de 1996.

CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

CSJN. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fallos: 340:47. 14 de febrero de 2017.

CSJN. Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94. Fallos: 318:2148. 02 de noviembre de 1995.

- CSJN. Ramos Lorenzo y otros S/S/Denuncia. Fallos: 329:4500. 24 de octubre de 2006.
- CSJN. Resolución N° 4015/17 (ESC/4218/2017), Expte. N° 4239/12. 5 de diciembre de 2017.
- CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005.
- CSJN. Stevez Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas etc. Fallos: 333:866. 08 de junio de 2010.
- CSJN. Suarez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. (causa 450). Aguiar de Lapacó Carmen s/recurso extraordinario. Fallos: 321:2031. 13 de agosto de 1998.
- CSJN. Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. Fallos: 321:2767. 15 de octubre de 1998.

7.3.2. Cámara Federal de Casación Penal

- CFCP. Causa N° 10630/2009/TO1/28/CFC15. Sala IV. Registro N° 1762/17. 15 de diciembre de 2017.
- CFCP. Causa N° 12.038 -Sala IV C.F.C.P.- “Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación”. Registro NRO. 939/12. 13 de junio de 2012.
- CFCP. Causa N° 12.625 “COLOMBO, Juan Carlos s/recurso de casación”, Sala III. Reg. n° 565/11. 6 de mayo de 2011.
- CFCP. Causa N° 13.085/13049 “Albornoz, Roberto, De Cándido Luis, De Cándido Carlos y Menéndez Luciano s/ rec. de casación”. Sala III C.N.C.P. Reg. n° 1586/12. 8 de noviembre de 2012.
- CFCP. Causa N° 14.763 –Sala I- “Menéndez, Luciano Benjamín, Albornoz, Roberto Heriberto” s/ recurso de casación. Reg. N° 20.438. 22 de noviembre de 2012.
- CFCP. Causa N° 15.314 -Sala IV- C.F.C.P. “MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación”. Registro Nro. 2042/12, 31 de octubre de 2012.
- CFCP. Causa N° 15.941 -Sala I- “Albornoz, Roberto Heriberto s/ recurso de casación”. Reg. N° 20.540. 13 de diciembre de 2012.
- CFCP. Causa N° 3.376 -Sala I- “Arancibia Clavel, Enrique L. s/recurso de casación”. Reg. Nro. 4.758. Sentencia del 29 de noviembre de 2001.
- CFCP. Causa N° 366-368-370/2013 – Sala III “MANACORDA, Nora Raquel y otra s/ recurso de casación”. REGISTRO N°770/14. 16 de mayo de 2014.
- CFCP. Causa N° 699/13 –SALA I– “Harguindeguy, Albano Eduardo s/ recurso de casación”. REGISTRO N° 23925. 5 de agosto de 2014.
- CFCP. Causa N° FBB 93001067/2011/TO1/4/CFC4 "Stricker, Carlos Andrés y otros s/ recurso de casación". Registro nro.: 279/17.
- CFCP. Causa N° FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1. Sala IV. Registro nro.: 1806/19. 5 de septiembre de 2019.
- CFCP. Causa N° FPA 13000001/2012/to2/cfc2 "Céparo, Atilio Ricardo s/ recurso de casación". Sala II. Registro Nro. 141/18. 23 de marzo de 2018.
- CFCP. Causa N° 13.733 -SALA II- "Dupuy, Abel David y otros s/ recurso de casación". REGISTRO N° 2663/14. 23 de diciembre de 2014.

CFCP. Causa N° 14.235 –Sala IV– C.F.C.P. “MIARA, Samuel y otros s/ recurso de casación “. REGISTRO N° 2215/14. 28 de octubre de 2014.

CFCP. Causa N° FRO 81000095/2010//CFC4 “PORRA, Ariel Zenón y otros s/recurso de casación. Sala III. Registro nro.: 1506/16. 10 de noviembre de 2016.

7.3.3. Tribunales Orales

TOF de Formosa, causa N° 2333 “Colombo, Juan Carlos s/asociación ilícita en calidad de jefe, privación ilegítima de la libertad reiterada y agravada, tormento agravado reiterado, desaparición forzada de personas en función del delito de homicidio y respecto de este”, Sentencia N° 417, veredicto del 1 de octubre de 2009 y fundamentos de 26 de noviembre del mismo año.

TOF N° 1 de La Plata, Causa N° 2251/06, seguida a seguida a Miguel Osvaldo Etchecolatz, sentencia con veredicto de 19 de septiembre del 2006 y fundamentos de 26 de septiembre de 2006.

TOF N° 1 de La Plata, Causa N° 2506/07, seguida a Christian Federico Von Wernich, sentencia con veredicto de 7 de octubre de 2007 y fundamentos de 1 de noviembre 2007.

TOF N° 1 de Mendoza, autos 076-M y Ac., caratulados “Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter CP”, sentencia N° 1718, fundamentos de 20 de septiembre de 2017.

TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 001-M, caratulados: —MENENDEZ SANCHEZ, Luciano Benjamín y otros s/Infr. art. 144 bis C.P. II y sus acumulados N° 009-M, 010-M, 011-M, 022-M, 025-M, 031-M, 032-S y 055-M. Fundamentos de sentencia de 28 de octubre de 2011.

TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 14000125/2006/TO1, caratulados: “MENÉNDEZ SÁNCHEZ, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 bis inc. 1 C.P.” y sus acumulados. Sentencia N° 1836, veredicto de 20 de septiembre de 2018.

TOF N° 1 de Mendoza, Autos N° 14000811/2012/TO1, caratulados: “Fernández Armando y otros s/infr. art. 146 CP según ley 24.410, supresión del estado civil de un menor (art. 139 inc. 2 CP según texto original ley 11.179), falsedad ideológica conforme art. 292 último párrafo y uso de documento adulterado o falso (art. 296 CP)”. Sentencia N° 2172, veredicto de 02 de diciembre de 2021.

TOF N° 5, causa N° 1.261-1268. Veredicto de fecha 23 de octubre de 2009 y fundamentos de fecha 10 de diciembre de 2009.

TOF N° 6, Causa Nro. 259 “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/ Homicidio calificado y asoc. Ilícita y otros”, Sentencia del 27 de noviembre de 2000.

7.4. Otras fuentes documentales

Acta para el Tribunal Internacional de Bangladesh. The International Crimes (Tribunals) Act, 1973 (ACT NO. XIX OF 1973). En <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-435.html> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Amicus Curiae presentado a pedido por la Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic de la Facultad de Derecho de Yale, a pedido del Equipo Nizkor, en el marco de la causa Scilingo (ante el Tribunal Supremo de España, Sala 2da, causa procedente de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal: Sección 3ª, Rollo

de Sala: 139/1997, Juzgado Central de Instrucción 5, Sumario 19/1997). Una traducción al español de esa presentación, realizada por el propio Grupo Nizkor, puede verse en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/yaleamicus2.html> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documentos Oficiales, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.03.V.2 y corrección), segunda parte. B. En: <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. AG 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. 25 de junio de 2010.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. AG Nº 96. El crimen de genocidio. Quincuagésimo quinta reunión plenaria. 11 de diciembre de 1946.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, expediente N° 9275 caratulado: "SCHWAMMBERGER, Josef s/extradición", 30 de agosto de 1989.

Centro de Información Judicial. 2014. *Cámara Federal de La Plata, Juicio por la verdad*. 28 de Noviembre. Último acceso: 25 de Marzo de 2022. <https://www.cij.gov.ar/nota-14492-CAMARA-FEDERAL-DE-LA-PLATA---JUICIO-POR-LA-VERDAD.html>.

CIDH. Derecho a la Verdad en las Américas (Versión final sujeta a actualización de diseño y diagramación); OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014.

CIJ. Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio. 28 de mayo de 1951.

Código Penal de Costa de Marfil. Code pénal -Côte d'Ivoire (1981-640;1995-522,31 July 1981). En: <http://preventgenocide.org/law/domestic/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021) y en <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5860.html> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Código Penal de Estonia. En <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Código Penal de Ethiopia. Penal Code Of The Empire Of Ethiopia 1957 (Proclamation No. 158 of 1957, Negarit Gazeta, Extraordinary Issue No. 1 of 1957, 23 July 1957, Came into force: 5 May 1958). En: <http://preventgenocide.org/law/domestic/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Código Penal de Francia. En: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Código Penal de Letonia. Latvijas Republikas Saeima likums pieņemts (17/06/1998). En: <http://preventgenocide.org/law/domestic/> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Código Penal de Panamá. En: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Códigos Penal de Costa Rica de 1998 y Código Penal actualmente vigente. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_21.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021) y

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027 (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Códigos Penales de Panamá de 1982 y 2007. Respectivamente, en: <https://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-penal.pdf> (Último acceso: 01 de febrero de 2021) y http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones. En: Organización de las Naciones Unidas. 2007. «Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, Volumen II, 2da parte.» A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). New York y Ginebra 2007.

Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Presentados la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950 (en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1950, Volumen II, Documentos de la 2da Sesión incluyendo el reporte de la Comisión a la Asamblea General, A/CN. 4/SER.A/1950/Add. 1, Publicación de Naciones Unidas, Nueva York 1957).

Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Informe: "Guatemala, memoria del silencio". Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS). Guatemala, 1999

Comité de Derechos Humanos. Consideraciones al reporte remitido por los Estados parte bajo el artículo 40 del Convenio – Argentina. CCPR/CO/70/ARG. 15 de noviembre de 2000.

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).

Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documentos Oficiales, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11). En: <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf> (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias", adoptados mediante Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989.

Ley N° 26926 de la República del Perú, del 21 de febrero de 1998. En: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Ley N°. 1.160/97 de la República del Paraguay. En: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf (Último acceso: 01 de febrero de 2021).

Procuración General de la Nación Argentina. PGN 158/07, 29 de septiembre de 2007 (que contiene como anexo el informe realizado por la entonces Unidad Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, en el marco del trámite por el caso Larrabure).

Relator Especial de la Comisión de Derechos Internacional. Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad - Cuarto Informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, realizado por el Relator Especial (Sr. Doudou Thiam); documento de la Organización de las Naciones Unidas A/CN.4/398, 11 de marzo de 1986.