

PRIMER CONGRESO DE JÓVENES PENALISTAS DE LA U.N.C.

-Problemas actuales de Derecho Penal y Criminología-

Autor: Eduardo Villafañe Molina

Correo electrónico: evillafanemolina@yahoo.com.ar

Título: **Sujetos activos y pasivos en los delitos de genocidio y de lesa humanidad. Aportes para una discusión.**

Sumario

Algunas consideraciones iniciales - Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad: Apuntes para su delimitación - La víctima: entre el “ser” y el “hacer” - Los sujetos activos del delito de lesa humanidad - Algunos interrogantes para abrir el debate

Algunas consideraciones iniciales

A partir de la derogación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final¹ se produce la reapertura de los juicios en relación a los crímenes cometidos en la Argentina durante la última dictadura militar (1976-1983). Así, la cuestión de los delitos de lesa humanidad constituye una realidad innegable y un problema social que plantea fuertes desafíos a la agenda académica como así también a las instituciones que sostienen el orden político actual. Hoy, los criminales que implantaron el régimen dictatorial en 1976 están siendo investigados en los denominados “Juicios de la Verdad”, que pretenden, en caso de que se encontraran culpables, además de imponer una pena, otorgarles a las víctimas el derecho inalienable a la verdad.

Sin embargo, una cuestión sobre la que deberíamos detenernos es la invocación a diferentes tipos penales para fundamentar los fallos. En la mayoría de los casos argentinos revisados² se apeló a distintos delitos: ya sean de “genocidio”, “de lesa humanidad”, “crímenes contra la humanidad”, para fundamentar fácticamente lo sucedido durante el tiempo que duró el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”. En algunas situaciones incluso se combinaron crímenes como “de lesa humanidad en el marco del genocidio”.³ Ello aún cuando tuvieran que recurrir a sanciones previstas por el Código Penal Argentino debido a la

¹ Declaradas inconstitucionales en el fallo de la CSJN, “Simón”.

² Los casos Etchecolatz (2006), Von Wernich (2007), General Riveros (2007) y Brandalís (2008).

³ Mencionado en los fallos de los casos Etchecolatz y Von Wernich.

inexistencia de la tipificación de los delitos de lesa humanidad o genocidio en dicho plexo normativo.

Por otra parte, a nivel teórico y científico se generan discusiones y estudios con la pretensión de marcar posición, en general, sobre los contrastes entre ambos delitos –genocidio y lesa humanidad- y, en particular, sobre la aplicación de esas diferencias en el caso argentino. En este sentido, esta ponencia forma parte de un proyecto de investigación de mayor envergadura que se enmarca en este estado de la cuestión.

En la exposición que sigue (1) señalaré sucintamente los principales puntos en los que estos delitos se diferencian, poniendo especial énfasis en los de mayor controversia. Seguidamente, focalizo en las diferentes miradas desde las que se pueden definir los sujetos pasivo (2) y activo (3) de ambos crímenes. Considero que los argumentos que comienzan a afirmarse a uno u otro lado de la discusión ponen de manifiesto la complejidad y la importancia que revisten estas cuestiones, no tanto a nivel de la teoría sino, y sobre todo, en la aplicación de una pena.

A través de un análisis crítico de la jurisprudencia argentina, los documentos internacionales, bibliografía especializada y los aportes de otras disciplinas como la historia o los estudios de la memoria, pretendo exponer las disímiles consideraciones que se realizan acerca de la definición de quiénes y por qué deberían ser sujetos activos de los delitos de lesa humanidad acaecidos en el marco de la última dictadura militar en nuestro país. A modo de cierre (4), esbozo algunos interrogantes que surgen del mismo trabajo analítico con dichas argumentaciones y que tienen la intención de problematizar ciertos aspectos de esta problemática que se pretendían clausurados.

Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad: Apuntes para su delimitación

En este apartado haremos referencia a dos figuras jurídicas⁴ que, en muchas oportunidades, son consideradas como sinónimos o conceptos equivalentes. No reiteraremos aquí las definiciones expresadas en el art. 2 de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁵ ni el art, 7, inciso 1 del Estatuto de Roma⁶ donde se definen los delitos de lesa humanidad.

⁴ Una clásica caracterización de genocidio lo realiza el filósofo francés Christian Delacampagne (1999).

⁵ **Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio** (1948) [en línea]. Organización de las Naciones Unidas. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4662.pdf> > (consulta: 20/07/09).

⁶ **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** (2002). Organización de las Naciones Unidas [en línea]. < [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) > El subrayado me pertenece. (consulta: 20/07/09).

Es relevante señalar que la problemática aquí planteada va más allá de un problema terminológico para ubicarse en un plano filosófico. A este respecto podemos mencionar algunas discusiones no sólo teóricas, sino también políticas, en relación a los sujetos activos y pasivos tanto del genocidio como de los crímenes de lesa humanidad. En este sentido es necesario mencionar la controversia generada en relación a las motivaciones políticas como hechos determinantes de uno u otro delito. En el caso del genocidio, el artículo de su respectiva Convención no las incluye. Sin embargo, no debe interpretarse de manera ingenua como producto de un mero olvido, ya que en el primer proyecto de las Naciones Unidas, incluía la destrucción de un grupo político taxativamente como un acto genocida. Por el contrario, la lectura que debería realizarse es que el organismo internacional tuvo la clara intención de evitar la inclusión de los crímenes políticos al eliminarlo de su texto de aprobación, cumpliendo con la condición de precisión de todo ordenamiento jurídico.

Asimismo, es en el Estatuto de Roma donde queda contenido este tipo de ataque, agravio y/o matanza indiscriminada. Es decir, es un elemento definitorio de los crímenes de lesa humanidad. Más aún lo que está evidenciando es que, con este carácter privativo, se afirma justamente la voluntad legisferante de evitar la confusión del genocidio con cualquier forma de guerra o luchas por el poder político.

Es oportuno señalar que los contrastes que venimos identificando y el carácter restrictivo y excluyente de diversas prácticas punibles puede ser sospechado de poseer un *sesgo ideológico* al eliminar y dejar de lado ciertas características de crímenes masivos, asegurando así la impunidad de los delitos cometidos por motivaciones políticas. Sin embargo, esta consideración queda trunca si tenemos presente que toda ley que conmine penas debe cumplir ciertos requisitos, y que uno de ellos es la *lex scripta*, esto es, que la descripción típica del supuesto de hecho debe ser precisa.

En nuestro país, es a partir de la reforma de la Constitución del año 1994 que la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (09-XII-1948) tiene jerarquía constitucional. Al mismo tiempo, el Estatuto de Roma (17-7-1998) que versa sobre los delitos de lesa humanidad se aprueba en nuestro país por la ley 25.390 (23-I-2001). El primer caso trae como consecuencia que, en términos jurídicos, los delitos por genocidio posean rango constitucional y, por ello, se diferencien de cualquier otro delito penal definido dentro del orden jurídico argentino. No obstante, el Estado Argentino aún continúa en mora legislativa, según lo establece el Art V. de aquella Convención que reza: “...adoptar... las medidas legislativas para asegurar la aplicación de las disposiciones... y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...”. Pese a

que existan proyectos de ley, que eliminarían tal mora, no se han aprobado debido al desacuerdo generalizado que existe en la doctrina, la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera y los organismos de derechos humanos, sobre el concepto del delito de genocidio.

Ahora bien, a modo de conclusión parcial podemos señalar que tanto los crímenes de lesa humanidad como el delito de genocidio, tienen características comunes, siendo uno de los más importantes el que sus efectos son imprescriptibles.⁷ Sin embargo, a mi entender estas dos modalidades delictuales tienen una relación genero-especie, en la cual la especie “genocidio” integra el crimen de “lesa humanidad”. En tal sentido y tomando como central las consideraciones acerca de las motivaciones políticas antes señaladas, los crímenes perpetrados por los gobiernos militares y órganos paramilitares dependientes de las Fuerzas Armadas Argentinas se adecuan perfectamente al art. 7 del Estatuto de Roma, firmado y ratificado por nuestro país. Sobre esta problemática focalizaré en el siguiente apartado.

La víctima: entre el “ser” y el “hacer”

Cuando hablamos de sujetos activos y pasivos de delitos hacemos referencia directa a aquellas personas que realizan o padecen respectivamente una determinada conducta delictiva antes, durante o después de la ejecución de un delito. Por lo general, estos sujetos no revisten para su identificación, un alto grado de complejidad. Pero, en el caso de los delitos del derecho internacional y, en particular, los de genocidio y de lesa humanidad provocan discusiones que exceden el ámbito del Derecho, alcanzando la esfera de la política, la sociología, la historia, entre otras disciplinas.

Como ya se señaló uno de los aspectos de mayor disputa y sobre el cual mucho ya se ha discutido es el referido a los sujetos pasivos de los dos crímenes que venimos analizando. Aun cuando haya autores, como Feierstein⁸, que traten de subsumirlo a una misma calificación jurídica, creo que hay una diferencia más que sustancial entre lo acaecido en nuestro país y cualquier acto genocida.

Tanto las víctimas de los crímenes en Argentina como los generados por los diversos genocidios a lo largo del siglo XX comparten una particularidad: pertenecer a un “grupo común”. No obstante, a medida que los estudiamos como entes individualizados, empiezan a surgir las diferencias.

⁷ Como lo estableció la Corte Suprema de la Nación en los casos Simón, Arancibia Clavel, Mazzeo, Julio.

⁸ FEIERSTEIN, Daniel., *“El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina”*. Buenos Aires, 2007.

Para las víctimas de genocidio en el sentido definido en los apartados anteriores, su crimen es “haber nacido” judío (en el caso del nazismo) o cristiano (en el caso de los armenios), entre muchos otros. Es decir, se mata al sujeto por lo que “es” y no por lo que “hace”. Independientemente de si es o no un hecho social, cuestión que excedería el marco de este trabajo, la religión como tal pareciera ser para sus creyentes una realidad que no está sujeta a elección al momento de su adopción ya que no hay voluntad, en la generalidad de los casos, cuando se practican los pactos con Dios, ya sea a través de la circuncisión o el bautismo. La religiosidad es algo con lo que “se nace” o a lo que no se puede, en principio, renunciar y que, de hacerlo, atentaría no sólo contra la creencia de sus ascendientes sino también contra la voluntad de un ser trascendente. Así lo cree la víctima y el victimario al discriminarlo.

Por el contrario, en el caso de los crímenes políticos, la víctima elige en un proceso de maduración psíquica, sus preferencias políticas. En este caso, entonces, se lo mata por lo que piensa, por lo que “hace” y no por lo que “es”. Respecto a esto último, es posible afirmar que al judío, gitano o armenio, no se le hacían preguntas ni se lo sometía a tremendos interrogatorios para denunciar prácticas o células “terroristas” como en el caso argentino. El hecho de ser judío justificaba *per se* el integrar el campo de concentración o su “reubicación”. En este orden de cosas, al judío, al armenio y al gitano se lo toma como una minoría identificable.

Los sujetos activos del delito de lesa humanidad

De manera inicial podemos afirmar que se considera al hombre como centro de imputación de normas y, si bien es viable que se considere al Estado como sujeto activo, éste lo es sólo a efectos de sanciones políticas y/o económicas respecto de los delitos.

Sin embargo, la delimitación de estos sujetos en el caso de los crímenes de lesa humanidad no es tarea tan sencilla. Por el contrario, las discusiones en este aspecto giran en torno a la posibilidad de considerar a personas particulares como sujetos activos, es decir, como autores de estos delitos. Hasta el momento, el consenso parece establecerse en relación a la imputación de estos crímenes al Estado o a sus ocupantes, como sucede con los hechos aberrantes de la última dictadura argentina.

Como se señaló en la Introducción, la derogación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final abrió nuevamente la posibilidad de la imputar a los autores de las matanzas, desaparición, robo de bebés, entre otros actos, y del ejercicio del derecho inalienable a la verdad por parte de las víctimas. Sin embargo, a partir de ello es posible discutir otras aristas que se abren en la delimitación de quiénes y por qué pueden ser sujetos activos.

La problemática a la que me estoy refiriendo y quisiera centrarme en este apartado es la referida a la consideración de las organizaciones guerrilleras como sujetos activos del delito de lesa humanidad. A nivel de la legislación internacional, el artículo 7° del Estatuto de Roma no es demasiado preciso al mencionar quiénes pueden revestir el carácter de sujeto activo en este tipo de delitos, aunque tampoco niega que puedan serlo los particulares.

En la jurisprudencia argentina esta discusión se hizo presente en la causa “*Larrabure, Argentino del Valle s/su muerte*” n°18/07 en el juzgado federal n° 4 de Rosario. En esta oportunidad se concluyó que los hechos que damnificaron al Teniente Coronel Argentino del Valle Larrabure, ocurridos entre agosto de 1974 y agosto de 1975 y, de los que habrían sido responsables integrantes del PRT-ERP, constituirían delitos de lesa humanidad. El juzgado a cargo de Germán Sutter Schneider le dio vista al Fiscal Francisco Sosa para que se expidiera acerca de si era viable investigar el delito pero éste planteo que el delito había prescrito. El juez eleva entonces en consulta al Fiscal de Cámara Claudio Palacin que dictaminó que el delito cometido al Teniente Coronel Larrabure es un delito de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptible. Asimismo, indicó que correspondía dar intervención a la Unidad de Asistencia para causa de violaciones a los Derechos Humanos, durante el Terrorismo de Estado de la sección Rosario a cargo del Dr. Vásquez. Este elevó una consulta a la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violación a los Derechos Humanos cometidos durante el Terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación, a cargo del Fiscal General , doctor Jorge Auat que junto con el coordinador de la unidad el doctor Pablo Paretti elaboraron un informe que motivaron al Procurador General de la Nación a instruir a los fiscales con competencia penal que integran el Ministerio Público Fiscal de la Nación para que adopten la interpretación señalada en el informe emitido por la unidad fiscal (Res.PGN14/07) que niegan la posibilidad de aplicar a casos como el expuesto las categorías de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra.

Desarrollo seguidamente los principales fundamentos argüidos en este Informe. A este respecto, es posible afirmar que estos argumentos aun cuando sean para el caso en particular pueden hacerse extensivos a todos los crímenes que cometieron tales organizaciones.

En primer lugar, se hace referencia a un fundamento histórico que alude a la vinculación de los crímenes con algún tipo de autoridad estatal para que estos sean definidos como de lesa humanidad. En segundo lugar, se afirma que los hechos a los que se aplicaron esta categoría de delitos en todos los casos fueron cometidos a gran escala y con la participación o tolerancia del Estado. Es decir, “*los actos fueron cometidos por funcionarios del Estado o por agentes*

no estatales actuando de conformidad con la política de un Estado” (Res. PGN N° 158/07, folio 5)

En tercer lugar, el Informe recupera la jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia, que en la categoría de los crímenes contra la humanidad “[...] *no están comprendidas organizaciones que, siendo capaces de ejercer cierto poder, no son la autoridad de facto sobre un territorio, en virtud de que existe una entidad más elevada o más poderosa que la domina [...]*”. En este caso, el documento señala que no existen elementos para afirmar que el PRT-ERP o alguna otra organización armada de la década de 1970 haya tenido control territorial o un poder tal que pueda dar lugar al uso de la categoría de los crímenes contra la humanidad (idem, folio 7).

Al margen de estos señalamientos, los mismos ocupantes de puestos claves en estas organizaciones armadas manifestaron también su posicionamiento en el debate. En este sentido, es innegable mencionar la publicación, en la ya desaparecida revista “La Intemperie” dirigida por Sergio Schmucler, de una entrevista a Hector Juvé acerca de los acontecimientos de la guerrilla en Salta. Allí el entrevistado hacía alusión a los fusilamientos de sus compañeros Adolfo (Pupi) Rotblat y de Bernardo Groswald debido a que notaban en ellos un cierto arrepentimiento que podría generar de una desertión peligrosa para la integridad de la organización guerrillera. Este relato ocasionó una respuesta del filósofo cordobés Oscar del Barco que derivó a su vez una serie de misivas a favor y en contra de la contrición del pensador. En su carta nos dice:

“El principio que funda toda comunidad es el no matarás. No matarás al hombre porque todo hombre es sagrado y cada hombre es todos los hombres”...“¿en que se funda el presunto ‘derecho’ a matar? ¿Qué diferencia hay entre Santucho, Firmenich, Quieto y Galimberti, por una parte, y Menéndez, Videla y Massera, por la otra? Si uno mata el otro también mata. Esta es la lógica criminal de la violencia... “pero si no se debe matar y se mata, el que mata es un asesino, el que participa es un asesino, el que apoya aunque sólo sea con su simpatía es un asesino. Y mientras no asumamos la responsabilidad de reconocer el crimen, el crimen sigue vigente. Y finaliza diciendo “los otros mataban, pero los ‘nuestros’ también mataban. Hay que denunciar con todas nuestras fuerzas el terrorismo de Estado, pero sin callar nuestro propio terrorismo... La verdad y la justicia deben ser para todos”⁹

La noción central que es puesta en evidencia en estas declaraciones es la idea de culpa, que no es, al decir jasperiano, una culpa criminal sino solamente una culpa moral y metafísica que, por una lado, constriñe a sentirse responsable por las acciones que realizamos como individuo excluyendo el hecho del obrar en consecuencia del principio de obediencia debida ya que

⁹ DEL BARCO, Oscar., “No Matarás” (en línea). Dirección URL: <http://www.elinterpretador.com.ar/15CartadeOscarDelBarco.htm> (consulta: 20/07/09).

“antes bien los crímenes son crímenes, aunque hayan sido ordenados”¹⁰ y por el otro, de las acciones que ocurren a nuestro alrededor y que tenemos conocimientos de ellas “si no hago lo que puedo para impedirlos, soy también culpable”¹¹

Hasta aquí lo que podemos observar es una ausencia de criterios comunes y argumentos armónicos sino, por el contrario, tanto a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinario marcadas posiciones antagónicas. Sin pretender la clausura de estas controversias, en el siguiente apartado y a modo de conclusión, delinearé algunos interrogantes que, a partir de lo señalado hasta aquí y a mi entender, deben ser resueltos para poder avanzar en esta cuestión.

Algunos interrogantes para abrir el debate

En la actualidad, predomina la práctica habitual de relacionar los delitos de lesa humanidad y genocidio con formas institucionalizadas de poder y no con la violencia de guerrillas. Sin embargo un ejercicio analítico en profundidad y con pretensiones de objetividad, debería relativizar estas afirmaciones, cuanto menos en lo referente a futuras legislaciones.

No obstante ello, es válido dejar planteadas algunas preguntas que surgen de lo expuesto en el apartado superior. Entre ellas: ¿puede un dictamen del Procurador prejuzgar, indirectamente, quiénes son y quiénes no sujetos activos del delito de lesa humanidad? ¿Y ello es un punto final sobre el tema? ¿Qué pasaría ante un nuevo atentado terrorista como lo que fueron los de la embajada de Israel y de la Asociación Mutual Israelita Argentina? ¿Correspondería a un crimen común del Código Penal Argentino aunque agravado por las circunstancias por el hecho de no tener los ejecutantes una autoridad de facto sobre un territorio?

En otro orden de cuestiones, debiera discutirse la noción de derecho a la verdad que predomina en la jurisprudencia nacional analizada. ¿Es el derecho a la verdad lo que se busca con la reapertura de estos casos? O es simplemente la reconstrucción de una memoria que, como dice Pierre Nora, es afectiva, emotiva, vulnerable a toda manipulación y, por lo tanto, parcial. En este plano se ubica la diferenciación estudiada por diversos autores entre historia y memoria. En este sentido, la historia es considerada una operación puramente intelectual, laica, que exige un análisis y un discurso críticos. Como señala Marta Philp “las tareas de la memoria comenzaron a ubicarse en el difuso terreno de las ideologías, escenario que necesitaba ser superado para avanzar en la construcción de una historia (...) definida como

¹⁰ JASPER, Karl., *El Problema de la Culpa*. Barcelona, 1998, p. 53.

¹¹ *Ib idem*, p.54

una actividad científica de reconstrucción del pasado, laica, objetiva, en oposición a la memoria, evocada como un intento de instalar un pasado determinado, antes que reconstruirlo o probarlo, una actividad casi sagrada, subjetiva, emotiva.”¹² La discusión de estas cuestiones resulta de pertinencia en el actual contexto argentino de recuperación de una memoria que aparece investida en forma de historia del pasado reciente nacional.

Por otra parte, los dilemas en relación al derecho a la verdad se refieren a las posibilidades de su ejercicio. En este sentido, al no tratar de lesa humanidad los crímenes cometidos por las organizaciones guerrilleras, estos delitos no tendrían el “beneficio” de ser declarados imprescriptibles. Por lo tanto, ante una petición se podría descartar *in limine* por el sólo hecho de la extemporaneidad del pedido, negando toda posibilidad a la familia de la víctima, de su derecho a la verdad. Siguiendo el presupuesto básico del Dr. E Garzón Valdés en el marco de la conferencia “Dignidad, Derechos Humanos y Democracia”¹³ *la dignidad es una característica definitoria atribuida a todo ser humano*. Como señala la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital doctores Cattani e Irurzun: “ (...) *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. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. (...)*”. De este modo, la verdad también debe ser objeto de derecho para las víctimas de aquellos que perpetraron crímenes aberrantes como funcionarios del Estado o de conformidad con la política estatal.

¹² PHILP, Marta., “*Memoria y poder: el rescate de un problema clásico. Una mirada desde la historia política*”. En *Cuadernos de Historia*, Serie Ec. Y Soc., n° 8, Secc. Art., CIFYH-UNC, Córdoba, 2006, p. 91.

¹³ GARZON VALDES, Ernesto., “*Dignidad, Derechos Humanos y Democracia*”. Conferencia en el marco de la Maestría en Derecho y Argumentación durante los días 29 y 30 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho U.N.C.