

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGIA**

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR
EUGENIO RAUL ZAFFARONI

AREA PROCESAL
MIGUEL A. ALMEYRA

COMITE ACADEMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

LOLA ANIYAR DE CASTRO

LUIS ARROYO ZAPATERO

DAVID BAIGUN

NILO BATISTA

JORGE DE LA RUA

LUIGI FERRAJOLI

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA

JULIO B. J. MAIER

SERGIO MOCCIA

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

ESTEBAN RIGHI

GLADYS ROMERO

NORBERTO SPOLANSKY

JUAREZ TAVAREZ

JOHN VERVAELE

COORDINADORES
MATIAS BAILONE
RODRIGO CODINO

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADEMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEADO
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
JAVIER DE LUCA
JULIANA OLIVA

GRACIELA OTANO
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
ALEJANDRO SLOKAR
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
PABLO VEGA
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
ROMINA ZARATE

CON EL AUSPICIO DE
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.pen@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 969.388

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

	REFORMA LEGISLATIVA
Análisis de la nueva ley penal antiterrorista Por Gabriel Ignacio Anitua	3
Delitos económicos y tributarios. Necesidad de un sistema acusatorio Por Carlos A. Chiara Díaz	16
Los montos relevados por la ley penal tributaria: elementos del tipo objetivo o condiciones objetivas de punibilidad Por Nelson R. Pessoa	18
Modificación del régimen penal tributario y previsional Por Marcelo A. Riquert	24
Incorporación del art. 41 quinquies como nueva agravante genérica en el Código Penal Por Alexis L. Simaz	42

INTERNACIONAL

- Análisis jurídico conceptual del "grupo criminal"
Por **Edgar Iván Colina Ramírez** 49

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

- Interpretaciones jurídicas y sociológicas con respecto al genocidio en Argentina
Por **Daniel Feierstein** 57
- Resistencias en torno a la calificación jurídica de genocidio en el caso argentino
Por **Valeria Thus** 69
- As alternativas às penas e às medidas socioeducativas
Por **Salo de Carvalho y Mariana de Assis Brasil e Weigert** 85

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

- La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos
Por **Ezequiel Malarino** 101
- Cooperación jurídica internacional en materia penal
Por **Diego Martín Solernó** 112

NOTA A FALLO

- El avenimiento y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
Por **Mauricio Cueto** 117
- El avenimiento, errónea aplicación de una ley derogada
Por **Héctor Manchini** 117

JURISPRUDENCIA

- AVENIMIENTO/** Violencia contra la mujer. Víctima de un ataque sexual. Matrimonio celebrado con el imputado con posterioridad a la agresión. Disidencia (Trib. Impugnación Penal, Santa Rosa). *Con nota de Mauricio Cueto y Héctor Manchini* 117

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Sentencia definitiva en el recurso de casación penal
Por **Jorge Alberto Diegues** 133

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución
Por **Pablo Andrés Vacani** 143

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

Los derechos políticos de los condenados
Por **Daniel Alberto Sabsay** 153

JURISPRUDENCIA

ACCION DE AMPARO/ Acción de amparo colectivo. Restricción al voto de las personas condenadas (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Daniel Alberto Sabsay* 153

DELITOS ECONÓMICOS

DOCTRINA

Responsabilidad penal por el producto
Por **Ricardo Gutiérrez** 161

La teoría de los aparatos organizados del poder y su posible implementación en el ámbito de responsabilidad penal empresarial
Por **Jorge Paolini** 178

NOTA A FALLO

La convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria en un proceso y su idoneidad a los fines de interrumpir la prescripción de la acción penal
Por **Adolfo Calvete** 189

JURISPRUDENCIA

PRESCRIPCIÓN/ Interrupción de la prescripción. Citación a prestar declaración indagatoria. Disidencia (CNPenal Económico). *Con nota de Adolfo Calvete* 189

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

La declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal de la Nación

Por **Gabriel González Da Silva** 201

NOTA A FALLO

Proceso de menores, medidas de coerción y derecho a la doble instancia

Por **Jorge Daniel Pirozzo** 219

JURISPRUDENCIA

MENORES/ Garantías del debido proceso. Doble instancia. Recurso de Casación. Doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires). *Con nota de Jorge Daniel Pirozzo*

219

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

NOTA A FALLO

La probation contravencional

Por **José G. Bongiovanni Servera** 231

El debido proceso en el Régimen Procesal de las Contravenciones

Por **Facundo Maggio** 241

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA/ Extra petita. Infracción de tránsito. Procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Declaración de oficio y en abstracto del último párrafo del art. 45 del Código Contravencional de la CABA (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de José G. Bongiovanni Servera*

231

COMPETENCIA/ Imputado por contravención y por ilícito penal. Proceso por causas separadas (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Facundo Maggio*

241

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral

Por **Gabriel Pérez Barberá y Alejandro Agüero** 249

De Luigi Ferrajoli y la "falacia" del abolicionismo penal. Una aproximación ilógica

Por **Maximiliano Exequiel Postay** 264

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

DOCTRINA

Antecedentes, motivos e influencias del delito de ejercicio ilegal de la medicina

Por **Mauricio Ernesto Macagno**

277

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)

Por **Hans Welzel**

299

BIBLIOGRAFÍA

Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por **Mariano R. La Rosa** y **Aníbal Horacio Rizzi**. Comentario **Enzo Finocchiaro**

309

ACTUALIDAD PENAL

311

Interpretaciones jurídicas y sociológicas con respecto al genocidio en Argentina (*)

POR DANIEL FEIERSTEIN (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Las tres interpretaciones de la Convención de Genocidio.— III. Las visiones de las ciencias sociales.— IV. Crítica criminológica y sociológica a los conceptos de politicidio y masacre.— V. Sobre las prioridades y la relevancia de cada discusión.— VI. Algunas consecuencias de estas discusiones para el presente y futuro del derecho, la criminología y las ciencias sociales.

I. Introducción

La calificación como genocidio para los hechos de violencia masiva estatal vividos en la Argentina ha sido casi contemporánea a la ocurrencia de dichos hechos: la CADHU (Comisión Argentina de Derechos Humanos) ya en 1977 publicaba un documento titulado "Argentina: proceso al genocidio", varios organismos de DD.HH. argentinos y extranjeros calificaban de ese modo los hechos e incluso Eduardo Barcesat, de modo pionero, buscó el procesamiento de las juntas militares bajo la figura de genocidio representando a las familias Israel y Fernández Meijide. Sin embargo, la discusión conceptual y jurídica sobre la existencia de un genocidio en la Argentina se ha tomado bastante más tiempo hasta lograr emerger con fuerza.

Es posible que la dilación se haya debido, fundamentalmente, a la decisión tomada por la Cámara Federal en el Juicio a las Juntas Militares, en 1985, de utilizar en dicha instancia los delitos contemplados en el Código Penal argentino vigente en la fecha, buscando no apelar a figuras del derecho penal internacional como las de genocidio o crímenes contra la humanidad.

(*) Este artículo constituye parte del segundo volumen, Juicios, de la trilogía Memorias, Juicios, Responsabilidades. Sobre la elaboración del genocidio, aún inédito. El primer volumen, Memorias y Representaciones, se encuentra en prensa en Fondo de Cultura Económica, con fecha de aparición prevista para el mes de julio de 2012.

(**) Doctor en Ciencias Sociales. Investigador del CONICET. Profesor de la Universidad de Buenos Aires y Tres de Febrero.

Fue así que la discusión sólo volvió al plano legal más de diez años después, con la causa iniciada por el juez Garzón en España a mediados de los años '90 (que se caratuló bajo la acusación de genocidio, única posible en esos años en España). Y, posteriormente, cobró nueva fuerza con la anulación de las leyes de impunidad y posterior reapertura de los juicios a partir de 2005 en Argentina.

El motivo fundamental de esta reaparición del debate se basaba en una cuestión operativa: la opción utilizada en 1985 (juzgamiento de los crímenes como delitos comunes) ya no resultaba jurídicamente viable ni en España ni en Argentina (todos los delitos comunes habían prescrito, el principio de jurisdicción universal sólo se justifica en el caso de figuras del derecho penal internacional) y fue entonces que aparecieron las dos posibilidades que hoy dominan el escenario jurídico:

1) su calificación como crímenes contra la humanidad (hegemónica en la mayoría de las sentencias, mas no en las posiciones de los querrelantes),

2) su calificación como genocidio (avalada de modos diversos en las sentencias de cinco tribunales argentinos diferentes, en todos los casos articulada con el delito de crímenes contra la humanidad, presente del mismo modo en numerosas querellas, entre ellas las tramitadas por el colectivo Justicia Ya, por la Liga Argentina por los Derechos del Hombre o por la Secretaría de DD.HH. de la Nación, entre otros, o en alegatos fiscales como el de la Causa Atlético-Banco-Olimpo). [Ver también: Artículo de Alejandro Alagia, publicado en DPyC febrero 2012, pág. 81].

Dado mi ámbito de investigación, me propongo abordar la discusión a partir de las posibles interpretaciones jurídicas de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, sin ingresar en las discusiones a propósito de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, ya que fueron tratadas en otras obras y se alejan de la discusión que aquí se propone.

En relación a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, pueden identificarse fundamentalmente tres tipos de interpretación, tanto por parte de jueces como de querellantes e incluso desde un punto de vista lógico. Distinguiré a dichas posiciones con los siguientes títulos:

- 1) normativa,
- 2) literal,
- 3) histórico-sociológica.

Hasta el momento, las discusiones en Argentina se han librado fundamentalmente entre la segunda interpretación (básicamente la que utilizan los tribunales y querellas que no reconocen la pertinencia del concepto para el caso argentino) y la tercera (que utilizan los tribunales y querellas que sí lo consideran pertinente). Sin embargo, un panorama completo de posibilidades de interpretación debe explorar también lo que llamaré la visión “normativa”, mencionada al pasar en algunos fallos pero de la cual no se suelen asumir sus consecuencias jurídicas.

Simultáneamente, se buscará también en este artículo aportar un breve panorama de algunas discusiones en el campo de las ciencias sociales que, si bien no tienen ni las mismas preguntas ni los mismos objetivos que el derecho, pueden resultar útiles ya que algunos juristas han recalado en autores de las ciencias sociales a la hora tanto de legitimar el concepto de genocidio como de buscar conceptos alternativos como los de polifundación o masacre.

II. Las tres interpretaciones de la Convención de Genocidio

El citado artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,

tipifica al delito como “*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 los nacimientos en el seno del grupo;*

(e) *Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”*

Sintéticamente, se puede resumir a las tres posibles interpretaciones de esta tipificación del siguiente modo:

1. La interpretación normativa

La Convención sobre Genocidio, producto de disputas de orden geopolítico vinculadas al nivel de soberanía que cada Estado estaba dispuesto a ceder al derecho penal internacional, llevó a cabo un hecho insólito por su gravedad en la tipificación de un delito: *su remisión a determinados conjuntos de víctimas como parte sustantiva de su proceso de tipificación*. Esto constituye un antecedente de enorme gravedad para el derecho penal, en tanto vulnera el principio de igualdad ante la ley, normativamente superior y determinante de cualquier codificación jurídica.

Cada uno de los delitos de los códigos penales remite a una práctica, expresada a través de un verbo, el cual constituye el primer elemento (acción) en la definición de un delito (entendiendo al delito en tanto acción típica *antijurídica culpable*).

Todos los antecedentes de la Convención se redactaron siguiendo esta misma lógica. Documentos como la Resolución 96/1 de las Naciones Unidas, que es la que convoca a la propia redacción de la Convención, sostienen que “*el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la*

negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos completamente o en parte, grupos raciales, religiosos, políticos y otros. El castigo del crimen de genocidio es cuestión de preocupación internacional." (1)

El genocidio es definido en esta herramienta jurídica por analogía con el homicidio, variando sin embargo aquello que se pretende destruir: en el homicidio, la vida de seres humanos individuales; en el genocidio, la de grupos humanos. Sin embargo, al lograrse la exclusión de determinados grupos de la definición final de la Convención (la discusión giró en especial sobre los grupos políticos pero también han sido excluidos los grupos sociales, de género, identidad sexual, discapacidad u otros), el delito quedó tipificado de un modo totalmente contrario al principio normativo de igualdad ante la ley, situación que no existe en ningún otro delito del código penal argentino.

Esto resultaría equivalente a aceptar la tipificación del homicidio como aplicable al asesinato de algunas personas individuales, pero no de otras. Tendencias que, lejos de constituir un absurdo, podrían ser parte de los futuros avances de una criminología y un derecho penal de autor, que intentan poco a poco legitimar la posibilidad del derecho para definir al conjunto de sujetos que debe proteger, quebrando su lógica universalista. De allí su gravedad, la relevancia de la presente discusión y sus vinculaciones con lo que se ha dado en llamar un "derecho penal del enemigo".

De este modo, la interpretación normativa de la Convención plantea la imposibilidad de aceptación de la exclusión de grupo alguno en la tipificación de genocidio, como modo de ratificar el principio universal de la igualdad de valor de la vida humana, imposibilitando un derecho diferencial que se proponga valorar algunos grupos por encima de otros.

(1) Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 96/1 del 11 de diciembre de 1946.

En nada cambia esta lógica que existan otras figuras legales -para el caso, crimen contra la humanidad- que pudieran contemplar el caso, ya que el derecho no puede construirse a partir de tipos distintos que den cuenta de la misma práctica aplicada a sujetos distintos, a riesgo de construir una anarquía en el sistema penal o de permitir la aplicación de penas diferenciadas ante delitos distintos cuando la única diferencia sería la víctima que los sufre, antecedente básico para cualquier constitución de un derecho penal del enemigo.

Nuevamente nos sirve aquí la analogía con el homicidio. Ninguna interpretación normativa podría aceptar la exclusión de determinados sujetos - pongamos por caso, las mujeres - de la definición de homicidio para luego reemplazar dicha ausencia con una figura especial.

Aun cuando todos los delitos pudieran tener sanción en este derecho fragmentario, el propio hecho de fragmentar el tipo penal no pierde su gravedad, en tanto la sanción dependería de herramientas que no se encuentran necesariamente asociadas al tipo. De este modo, se permitiría al legislador o al juez anular algunas de ellas o modificar y graduar de modo diferencial las penas al aceptarse el principio dogmático de que el tipo penal podría incluir en su definición a la víctima sobre la cual se aplica. La inclusión de características de la víctima sólo existe en el sistema penal argentino con respecto a los atenuantes y agravantes y que, aún en dichos casos, tiende a referir a situaciones específicas y temporales (edad, vinculación entre victimario y víctima, etc.) y no a cuestiones generales y permanentes como ocurre con la selección de grupos en la tipificación penal del genocidio.

Pese a la fuerte tradición normativa del derecho penal argentino, llama la atención que esta primera interpretación casi no haya tenido desarrollo jurisprudencial ni teórico en nuestro país.

Muchas de las sentencias redactadas a partir de la anulación de las leyes de impunidad mencionan y cuestionan el error en la tipificación internacional del delito (el caso más sugerente ha sido la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5, en la causa ESMA, del 28 de diciembre de 2011, que incluso postula que el Estado argentino debe intervenir para producir su corrección). Sin

embargo, luego de postular el desajuste caen en la imposibilidad de tipificación, aceptando el error y pasando a una interpretación de tipo literal al momento de la sentencia.

En otros casos, con posterioridad al señalamiento del error en la tipificación, se pasa al tercer modelo de interpretación (histórico-sociológico), como un modo de subsanar la falla que termina resolviendo el problema coyunturalmente, pero sin ir al meollo dogmático de la cuestión (este es el caso de las causas del Tribunal Oral Federal Nro. 1 de la Plata, en las causas Etchecolatz, Von Wernich y U9 o causas tramitadas en tribunales de Santiago del Estero y Tucumán, entre otros, que postulan la “necesidad de reconocer la existencia de un genocidio en la Argentina”).

A nivel teórico, uno de los escasos registros de esta incongruencia puede encontrarse en la obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien señala:

“(…) Pero esta definición [la de genocidio] es problemática y, en rigor, su misma limitación debe ser objeto de estudio de la criminología, como corresponde a todo análisis crítico de la criminalización primaria. Más allá de las discusiones de los juristas, todas muy respetables -en particular cuando tratan de superar las dificultades del texto legal- lo cierto es que salta a la vista la intención de imponer dos limitaciones: una objetiva, que es la omisión de los grupos políticos; y otra subjetiva, que es la intención de destruir total o parcialmente al grupo (...) Estas limitaciones definitorias no pueden explicarse racionalmente. En el mundo no existe ninguna definición legal del homicidio que deje de lado a algunas víctimas y que al mismo tiempo exija dolo directo de primer grado y excluya el dolo de consecuencias necesarias y el eventual.”(2)

Pero en lugar de avanzar en el cuestionamiento normativo del tipo penal, la obra de Zaffaroni termina prefiriendo un concepto ambiguo y sin contenido preciso sociológico ni jurídico como el de masacre, cuyos problemas abordaremos más adelante.

De este modo, la interpretación normativa de la Convención, aunque reconocidos sus defectos e incongruencias en fallos y obras jurídicas, no ha cala-

do en modo alguno en la discusión sobre los juicios en Argentina, que se sostiene fundamentalmente entre las otras dos interpretaciones posibles.

2. La interpretación literal

Cabe aclarar la contradicción que se genera en el mismo modo de nominar este segundo tipo. Si se trata de una interpretación -como ocurre siempre en el derecho penal- la misma no podría ser definitivamente literal. Sin embargo, he preferido mantener el oxímoron porque quienes sostienen esta modalidad interpretativa, lo hacen a partir de reafirmar su respeto por la “literalidad” de la redacción de la Convención, aun cuando veremos que en verdad su interpretación (como toda interpretación) debe exceder dicha literalidad y llevar a cabo una serie de supuestos sobre los modos de interpretación del sintagma “grupo nacional”, la intencionalidad de las Naciones Unidas al momento de la redacción de esta herramienta legal, las características objetivas y subjetivas de la constitución de grupos, entre otros elementos, todos ellos analíticos y provenientes de supuestos sociológicos ni explicitados por sus autores ni avalados por las ciencias sociales.

Si bien esta interpretación es la más común en los juicios en Argentina, su argumentación pareciera ser la más simple, que no por ello la más profunda o sólida.

En términos sintéticos, el eje de lo que denomino “interpretación literal” se basa en el principio de tipicidad y la subsunción formal. Para esta visión, todo fallo debe basarse en el modo en que la ley tipifica al delito y, sean cuales sean sus fallas o incongruencias, esto constituye una barrera infranqueable para el juez o el querellante. Hasta aquí la discusión con el modelo de interpretación normativa.

La discusión con quienes sostienen la tercera interpretación se vuelve bastante más compleja. Se suelen citar en ella generalmente dos trabajos: la obra de Alicia Gil y Gil (3) y el *amicus curiae* presentado por la organización Nizkor en la causa llevada a cabo en España contra Scilingo, solicitando su recalificación como crímenes contra la humanidad y revirtiendo la original calificación de la Audiencia Nacional de España de los he-

(2) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La palabra de los muertos, Buenos Aires: EDIAR, 2011, p. 424.

(3) GIL y GIL, Alicia, Derecho Penal Internacional, Madrid: Ed. Tecnos, 1999.

chos como genocidio. Pese a fundarse en una supuesta interpretación “literal”, en ambos casos, la argumentación excede los principios de dicha literalidad, tal como se ha señalado.

La interpretación literal de respeto a la tipificación asume como inmodificables las deficiencias señaladas por Zaffaroni (la exclusión de determinados tipos de víctimas y la exigencia de dolo directo en primer grado) como modo de oponerse a una interpretación normativa que busque preservar el derecho de igualdad ante la ley. Pero, sin embargo, ningún elemento en la redacción de la Convención impide la tercera interpretación (que la destrucción de grupos políticos constituye de todos modos una destrucción parcial del propio grupo nacional, algo no excluido de la redacción de la Convención).

Al plantear que el término “grupo nacional” refiere siempre a un grupo distinto al del perpetrador, Gil y Gil o el equipo Nizkor hacen una interpretación que no se deriva de la propia redacción del articulado (y que, por tanto, no es literal). La Convención sólo hace referencia al “intento de destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, sin otorgar herramienta alguna para delimitar la definición de dichos grupos ni qué relación existe entre los mismos y el grupo al que pertenece al perpetrador.

En el caso de Gil y Gil y el seguimiento de su obra en muchas sentencias argentinas, la interpretación busca encontrar fundamento para la imposibilidad de aplicar el sintagma “grupo nacional” en la intención de los legisladores (en este caso la Asamblea General de las Naciones Unidas) al decidir la exclusión de los grupos políticos. Aunque no figure literalmente, esta exclusión implicaría la decisión explícita de NO permitir una interpretación de cualquiera de los otros grupos que diera cabida a los grupos excluidos.

Pero así como se acusa a las otras interpretaciones (normativa o histórico-sociológica) de “forzar el espíritu de la Convención” es evidente que esta interpretación “literal” termina siendo igualmente “forzada”. Al tiempo que se reconoce que la tipificación es contraria a los principios de legalidad y que el motivo de la exclusión no es de filosofía jurídica o técnica legislativa sino meramente geopolítico (la presión de determinados Estados para evitar el posible juzgamiento de algunos de

sus connacionales), no se entiende cómo es que dicha intención ilegítima podría imponer limitación alguna a la interpretación de un texto jurídico como la Convención sobre Genocidio que, pese a sus fallas, ha dejado abierto el camino para diversas interpretaciones del término “grupo nacional”, al no haberlo definido explícitamente.

3. *La interpretación histórico-sociológica*

La tercera interpretación de la Convención surge de una situación coyuntural, que ha dado lugar a una potencia conceptual impensada. Constituye una salida original, que busca no quedar entrapada en la discusión dogmática entre las lógicas de la normatividad (el principio de igualdad ante la ley) y las de la tipicidad o literalidad (a partir de la exclusión de los grupos políticos del texto de la Convención y el principio de subsunción formal).

Su primera formulación aparece bosquejada, junto a otros análisis (entre ellos también la interpretación normativa) en la primera sentencia de la causa en España contra Scilingo, en la cual el juez Baltasar Garzón utilizó una estrategia múltiple (algo ecléctica), al intentar justificar la utilización del concepto de genocidio por todas las vías posibles, pasando de la interpretación normativa a la posible concepción del grupo aniquilado en Argentina como grupo nacional, como grupo religioso (aquellos acusados de desafiar la “occidentalidad cristiana”) y, en su punto más discutible y controvertido, incluso como grupo étnico, al dar cuenta del tratamiento especial de las víctimas judías en los campos de concentración argentinos.

El inciso del fallo de Garzón que da cuenta de la posible conceptualización de las víctimas como “destrucción parcial del grupo nacional argentino” fue retomado a partir de la reapertura de los juicios en la Argentina, en las presentaciones de diversos querellantes y, poco a poco, fue también recuperada en las presentaciones de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, las acusaciones de algunos fiscales y, al momento de escribir este artículo, cinco tribunales de distintos lugares del país han optado por un análisis que busca complejizar las nociones de “grupo” y de “grupo nacional” a partir de su análisis histórico-sociológico.

Estas interpretaciones resultan herederas de los trabajos del jurista judeo-polaco Raphael Lemkin,

creador del concepto de genocidio, quien sostenía que: “Por *“genocidio” nos referimos a la destrucción de una nación o de un grupo étnico, y que “El genocidio tiene dos fases: una, la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición de la identidad nacional del opresor.”* (4)

La peculiaridad de la figura de genocidio radica en que se propone la destrucción de un grupo, no sólo ni fundamentalmente de los individuos que lo conforman. Su objetivo último radica entonces en la destrucción de la identidad del grupo, logrando imponer la identidad del opresor en su reemplazo.

Quienes sostienen la imposibilidad de aplicación del concepto de *“destrucción parcial del grupo nacional”* cuando refiere al propio grupo, tienden a comprender a los genocidios como confrontaciones entre dos o más grupos, en las cuales lo que tiende a primar en la explicación son los odios ancestrales. Estas interpretaciones, que llamaré *binarias*, tienden a creer que los genocidios actuales ocurren entre grupos objetiva y subjetivamente distintos, que confrontan entre sí. Así se tienden a comprender los genocidios en África, allí donde las hipótesis sobre la remisión a un salvajismo tribal o a la confrontación bárbara entre grupos que se odian ancestralmente cobra su más pleno sentido etnocéntrico. También el conflicto en la ex - Yugoslavia tendió a ser observado a través de este prisma, que pretende explicar un conflicto moderno vinculado a la destrucción de la identidad yugoslava de posguerra remitiendo a las luchas del siglo XIV entre cristianos y musulmanes, argumento preferido de los nacionalismos balcánicos, sean serbios, croatas o bosnios.

Por el contrario, quienes sostienen la pertinencia del uso del concepto de *“destrucción parcial del grupo nacional”* para dar cuenta de la comprensión de los genocidios, tienden a priorizar el análisis del genocidio como estrategia de poder. Una tecnología de poder cuyo objetivo último no radica en eliminar a las poblaciones aniquiladas, sino en el modo en que dicho exterminio opera sobre el conjunto del grupo nacional, sea este

conjunto la sociedad alemana, la población europea en los territorios ocupados por el nazismo, la población yugoeslava, ruandesa, indonesia, camboyana o latinoamericana, sólo para ejemplificar con algunos casos históricos entre decenas de situaciones que siguieron y siguen un patrón similar de utilización del terror como modo de *“destrucción parcial del propio grupo nacional”*.

La divergencia central entre ambas perspectivas radica en que la primera sólo hace visible y comprensible el delito puntual cometido por el perpetrador (el asesinato del grupo) en tanto la segunda permite restablecer la finalidad de la acción, dirigida al conjunto de la población. Por lo tanto, permite que toda la sociedad pueda interrogarse acerca de los efectos que el aniquilamiento ha generado en sus propias prácticas, quebrando la ajenezación acerca de lo que aparecería inicialmente como la muerte, la persecución o el sufrimiento de los otros.

La comprensión del aniquilamiento *en tanto destrucción parcial del propio grupo nacional*, también permite ampliar el arco de complicidades en la planificación y ejecución, al obligarnos a formular la pregunta acerca de quiénes resultaron beneficiarios no sólo de la desaparición de determinados grupos sino, fundamentalmente, de la *transformación generada en el propio grupo* por los procesos de aniquilamiento, sectores empresarios o políticos que, en muchos procesos genocidas, han quedado impunes e invisibles, ya que la responsabilidad se suele vincular sólo a los ejecutores materiales directos: militares o policías.

Es así como, en esta tercera interpretación, una necesidad coyuntural (buscar una ventana viable de aplicación jurídica de la Convención sobre Genocidio que respetara el principio de subsunción formal) abrió las puertas a una inesperada potencia conceptual (poder comprender de un modo mucho más profundo el delito de genocidio, sus víctimas, perpetradores y consecuencias).

III. Las visiones de las ciencias sociales

Las ciencias sociales llegaron más tarde que el derecho al análisis de los procesos genocidas y los trabajos que constituyen un campo de estudios recién cobrarán fuerza hacia las décadas de los '70 y '80. Todos ellos se inician con un cuestionamiento al carácter restrictivo de la Convención

(4) Raphael Lemkin; *Axis Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 1944, p.79 (versión castellana en Raphael Lemkin; *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires, Prometeo, 2009).

y a la imposibilidad de tomar dicha definición como base para un trabajo histórico-sociológico, ya no por sus limitaciones de orden normativo (el desafío al principio de igualdad ante la ley) sino por su falta de sostén histórico.

Este problema definicional de la Convención -sólo debido a cuestiones de orden geopolítico y no lógico-definicional- llevó a una profusión de definiciones en la cual cada autor de las ciencias sociales se vio obligado a crear su propio concepto de genocidio para dar cuenta de los hechos que buscaba analizar.

Algunas definiciones cobraron más fuerza que otras (entre ellas destacan las de Chalk y Jonasohn, Helen Fein, Israel Charny, Vahakn Dadrian o Irving Louis Horowitz). En otros casos se buscó dualizar el concepto (el caso de Leo Kuper, que mantiene la definición de la Convención y trabaja a la par con el concepto de “masacres genocidas” para los casos que quedarían fuera de la misma, pese a ser igualmente crítico con la exclusión de los grupos políticos). De un modo u otro, el único consenso radicó en la crítica al artículo 2 de la Convención y a su definición de una práctica social que se basaba en las víctimas que la sufrían.

Con el avance de estos trabajos académicos, se buscó que el derecho se ajustara a una definición más certera, tanto a través del informe de Benjamin Whitaker -que incluyó numerosas consultas con los académicos más reconocidos del momento- como cuando se discutió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la oportunidad más importante para modificar esta figura.

Sin embargo, dichos esfuerzos resultaron infructuosos y, a partir de la aprobación del Estatuto de Roma en 1998 que reprodujo la definición fallida, numerosos académicos abandonaron la batalla por el sentido en el plano jurídico. En la mayoría de los casos, se refugiaron nuevamente en las definiciones histórico-sociológicas. Hubo, sin embargo, algunas excepciones en autores que intentaron construir algún sentido académico que legitimara una distinción que aparecía a todas luces como ilógica, incongruente y arbitraria.

Dos alternativas igualmente confusas: politicidio y masacre

Con un trabajo que se inicia con la preocupación por la exclusión de los grupos políticos de

la Convención, Barbara Harff y Ted Gurr desarrollan un nuevo concepto, tratando de incluir y diferenciar dos procesos que consideran cualitativamente distintos, aun cuando jurídicamente homologables: se trata de los conceptos de “genocidio” y “politicidio”. Para estos autores, tanto el “genocidio” como el “politicidio” significan *“la promoción y ejecución de políticas por parte del Estado o de agentes del mismo, las cuales resultan en la muerte de un número sustancial de personas de un grupo”*.

La diferencia conceptual entre estas dos figuras radicaría en los rasgos por los que los miembros del grupo son identificados por el Estado. En el genocidio, las víctimas serían identificadas fundamentalmente en términos de sus características comunitarias (etnicidad, religión o nacionalidad). En el politicidio, las víctimas serían definidas fundamentalmente en términos de su posición jerárquica u oposición política al régimen o a los grupos dominantes. (5) Harff y Gurr consideran que la distinción es válida para las ciencias sociales, pero que remite a procesos análogos en relación a su construcción jurídica. Vale la pena, de todos modos, analizar específicamente los aportes, consecuencias y límites de esta diferenciación.

Por otra parte, Jacques Semelin, en su documentado trabajo sobre lo que llama masacres, sostiene que existe una diferencia fundamental a nivel histórico-sociológico entre los procesos de aniquilamiento de grupos cuyo objetivo es “destruir para sojuzgar” (donde las víctimas tienden a ser casi siempre definidas de un modo político) y aquellos donde el objetivo es “destruir para erradicar” (en donde las víctimas tienden a ser étnicas o nacionales), reservando el concepto de genocidio para esta segunda práctica y englobando ambas bajo el término más amplio de “masacre”. (6)

IV. Crítica criminológica y sociológica a los conceptos de politicidio y masacre

Las preguntas abiertas serían entonces si los conceptos de politicidio o masacre podrían

(5) HARFF, Barbara and GURR, Ted; “Toward empirical theory of genocides and politicides,” *International Studies Quarterly* 37, 3, 1988.

(6) Véase SEMELIN, Jacques; *Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et génocides*, Paris: Seuil, 2005.

cerrar las omisiones de la Convención sobre Genocidio.

Aún en el caso de que la respuesta fuera negativa, todavía quedaría la pregunta sobre si estos conceptos pueden resultar útiles en el plano criminológico o sociológico para entender modalidades diferentes de genocidio, en el caso en que se aceptara la necesidad de sostener una tipificación única en el plano legal, bajo la figura de genocidio.

Politicidio

Con respecto al concepto de politicidio, la primera duda remite al tipo de relación existente entre el par de términos: genocidio-politicidio. Esto es: si se trata lógicamente de una relación entre géneros distintos -que requieren, por tanto, conceptos distintos- o, como me animaría a sugerir, una relación de género a especie, en la cual el politicidio es una especie particular del género genocidio, así como podrían serlo el etnocidio, el genocidio contra un grupo nacional, el genocidio contra un grupo religioso o el genocidio específico contra cualquier otro grupo.

Es claro que el trabajo de Harff y Gurr surge como una respuesta ante las limitaciones impuestas por la Convención, al excluir de la definición a los “grupos políticos”. Es decir, más allá de interpretaciones erróneas y/o políticamente intencionadas (y dirigidas a legitimar la impunidad de ciertos tipos de crímenes) que pretenden utilizar el término “politicidio” para negar el carácter genocida de los hechos que afectan a grupos políticos (7), Harff y Gurr se proponen analizar modalidades distintas en los aniquilamientos de masas.

La discusión de fondo es si el “politicidio” es una “variedad” del genocidio, como lo son las diversas delimitaciones que éste posee en su definición en la Convención (grupos nacionales, religiosos, étnicos) o si todos ellos conforman una unidad que se opone (a nivel de género) con la categoría de politicidio.

(7) La intencionalidad de Harff y Gurr queda de manifiesto en su intento de bregar por la equiparación del “politicidio” (a nivel de su condena penal) con el crimen de genocidio, lo cual han intentado sin éxito en foros internacionales.

Pero, sin embargo, esta peculiaridad también diferenciaría un genocidio realizado con fines nacionales o geopolíticos de otro realizado en función de una lógica religiosa, el que a su vez se diferencia de otro realizado con un criterio étnico racista.

Lo que complejiza mucho más la supuesta necesidad teórica de un concepto como politicidio o etnocidio o religiocidio o nacionalicidio es que estas diversas “especies” o “sub-tipos” del género “genocidio” se encuentran en los hechos históricos totalmente imbricadas y resultan difíciles de diferenciar. Por caso, el carácter “occidental y cristiano” esgrimido por los perpetradores de la destrucción de grupos en Argentina posee simultáneamente un carácter político y religioso, tal como lo ha señalado el primer auto de Garzón en la causa contra Adolfo Scilingo. A su vez, esta lógica podría diferir en algunos puntos (en tanto construcción ideológica que aúna política y religión, dos sistemas de creencias) de los procesos genocidas construidos en base a criterios nacionales o étnicos (de los cuales, el caso de los kurdos en Irak puede constituir un ejemplo, aunque su lucha por la autonomía nacional y política vuelve a imbricar los elementos étnicos con los nacionales o políticos). En Guatemala, a diferencia de lo ocurrido en el Cono Sur, la persecución política se vio imbricada mucho más con elementos étnicos (las identidades indígenas) que religiosos (la occidentalidad cristiana, una formación de matriz francesa que tuvo más presencia en Argentina que en cualquier otro país de la región, dada la peculiar articulación de nacionalismo ibérico y cosmovisión ideológica de matriz francesa).

Por último, muchos de estos casos coinciden en cuanto a sus “elementos estructurales”: modalidad de operatoria, efectos en la destrucción de relaciones sociales, modalidades de negativización de la alteridad, absolutización de la figura del enemigo, construcción binaria de la realidad.

Es decir, si bien el uso del concepto de “politicidio” pareciera resultar útil en tanto especie del género genocidio para dar cuenta de particularidades históricas de algunos procesos que no existen en otros, puede ser utilizado también fácilmente como una división tendiente a banalizar o minimizar los procesos genocidas dirigidos contra grupos políticos, a desvanecer su inclusión estructural en el concepto de genocidio, así como, en el extremo,

transformarse en una herramienta para legitimar la impunidad de sus perpetradores.

En definitiva, jurídicamente legitimaría la anulación del principio universalista de la igualdad ante la ley sin aportar ninguna ventaja relevante en el plano de la criminología. Sociológicamente podría dar cuenta de algunas especificidades históricas, pero con el riesgo de separar conceptualmente lo que empíricamente suele encontrarse mucho más imbricado e incluso producir una supuesta “despolitización” de aquellos casos en donde el racismo, el nacionalismo o el fanatismo religioso son más significativos, hechos que en nada niegan la existencia de patrones políticos de selección de las víctimas, de los cuales el ejemplo de despolitización más claro lo constituyen las narrativas hegemónicas sobre la experiencia del nazismo, que no permiten ver el carácter eminentemente político del antisemitismo nazi.

Masacre

Tal como señala Semelin, los procesos de destrucción que se proponen “sojuzgar” a una sociedad podrían ser diferenciados conceptualmente -cuanto menos a nivel lógico- de aquellos implementados con el objetivo de “erradicar” a determinados grupos.

Sin embargo, al afinar el análisis histórico podemos encontrar que las situaciones concretas (incluso las que analiza el propio Semelin en su obra) suelen ser más complejas de lo que pueden contemplar este tipo de clasificaciones conceptuales, encontrándonos con un problema similar al señalado con respecto al concepto de politicidio.

Los sojuzgamientos suelen requerir la erradicación de determinados grupos específicos de población, patrón que construye el terror sobre el conjunto. Por otra parte, las erradicaciones suelen producirse como herramienta para sojuzgar al conjunto poblacional general, al plantear una potencialidad de ampliación de las lógicas del aniquilamiento (no ha habido casos históricos de erradicaciones que no hayan sido utilizadas como armas de sometimiento de grupos mayores no erradicados).

El caso argentino constituye un excelente ejemplo, dado que el sojuzgamiento del grupo

nacional argentino se dio, simultáneamente, con la erradicación total, la desaparición definitiva, de determinados grupos de la sociedad argentina, entre ellos decenas de organizaciones políticas, gremiales, barriales o educativas que fueron perseguidas con la suficiente sistematicidad como para plantear que se buscaba su definitiva erradicación.

El problema con la distinción que establece Semelin es que, al legitimar la aplicación del concepto de genocidio sólo a los casos de erradicación excluyendo su uso de los casos de sojuzgamiento, termina creando una visión fragmentada de los hechos históricos, los cuales estarían atravesados por prácticas que se adecuarían a su concepto de genocidio y por otras que no lo harían, ambas ocurriendo en el mismo proceso, aún en los propios hechos que toma Semelin para su análisis: el nazismo, la ex - Yugoslavia y Rwanda, lo cual reconoce el propio autor.

Esta confusión analítica tiende a oscurecer o distorsionar la comprensión del sentido de los hechos. La erradicación de algunos grupos suele ser realizada con el objetivo de sojuzgar a un grupo mayor y no por la irracionalidad de un líder que, sin motivo alguno, desea e implementa la erradicación. Ambas prácticas (erradicación y sojuzgamiento) se encuentran totalmente imbricadas, constituyendo las dos caras de *cualquier proceso genocida*, y no la posibilidad de distinguir dos conceptos distintos como genocidio y masacre.

Por último, el creador del neologismo genocidio (Raphael Lemkin) entendía al mismo tal y como Semelin define a la masacre (una práctica destinada al sojuzgamiento de los oprimidos a través de la destrucción de su identidad), con lo que la obra de Semelin introduce una enorme confusión al cambiar los conceptos sin aportar en ello elucidación alguna de los fenómenos bajo análisis.

En definitiva, los conceptos de politicidio y masacre sirven para ilustrar en dos casos totalmente polares cómo la no aceptación del concepto más preciso y legítimo para comprender la realidad puede llevar a desajustes lógicos, jurídicos, criminológicos, históricos y políticos.

El concepto de politicidio tiende a confundir lo estructuralmente análogo, estableciendo dos géneros distintos para dar cuenta de una sola prác-

tica. La problemática se le presenta a los propios creadores del término cuando buscan catalogar los aniquilamientos masivos entre 1955 y 2001 y se ven obligados a calificar la mayoría de los casos como geno-politi-cidios (es decir, situaciones que serían *tanto* genocidios *como* politocidios). Es que si aceptamos que todo genocidio es en última instancia político, la distinción se nos desvanece entre los dedos y la necesidad de diferenciación cobra un punto de absurdo.

El concepto de masacre lleva a cabo la operación contraria, homologando lo estructuralmente diverso, ya que incluye tanto el aniquilamiento sistemático y planificado de grupos de población como la represión esporádica e indiscriminada, más propiamente incluida en conceptos como *pogrom*. Restringiendo exageradamente el concepto de genocidio (y definiéndolo de modo exactamente opuesto al de su creador, Raphael Lemkin) Semelin termina analizando la mayoría de los casos como *masacres*, un concepto laxo y confuso que indistingue prácticas efectivamente distintas.

Tomando prestada la metáfora de Zaffaroni acerca de la criminología como posibilidad de escuchar la “palabra de los muertos”, la traducción de Semelin de estos gritos como “masacre” produce un ruido indiferenciado que impide escuchar y comprender qué es lo que dichos muertos tratan de transmitirnos. (8)

Volviendo a la analogía con el homicidio (que tan útil nos ha resultado) la agrupación de casos que realiza Semelin bajo el concepto de masacre, sería el equivalente de confundir al homicidio con el suicidio o el accidente, ya que en todos los casos se termina con un cuerpo sin vida.

V. Sobre las prioridades y la relevancia de cada discusión

Lamentablemente, estas discusiones aún no pueden ser desarrolladas en todas sus consecuen-

(8) Uno de los datos más sugerentes al respecto radica en que una de las organizaciones que con más empeño ha insistido desde siempre en la necesidad de calificar como genocidio a los hechos vividos en nuestro país ha sido la Asociación Ex Detenidos Desaparecidos, que agrupa a quienes sufrieron en sus cuerpos la experiencia concentracionaria. Llama la atención que ello no haya tenido jamás la menor relevancia para la mayoría de los jueces y abogados que intervienen en las causas, que los consideran legos y, por tanto, sujetos no legítimos para participar de las discusiones técnicas de las causas.

cias en la Argentina, y eso que nuestro país constituye una avanzada en el planeta sobre la cuestión. En el resto del mundo ni siquiera aparecen como problema, con excepciones muy puntuales como los juicios que se desarrollan simultáneamente en el Tribunal Mixto de Camboya, las sesiones del Tribunal Permanente de los Pueblos o las ya citadas causas en la justicia española bajo el principio de jurisdicción universal.

No se trata de la mayor o menor fuerza de las distintas posturas e interpretaciones sino de que algunos querellantes y jueces se han empeñado en considerar totalmente irrelevante toda la discusión, a la cual se ha acusado numerosas veces de obstaculizar los juicios. Esta acusación no tiene constatación empírica alguna ya que de los numerosos obstáculos existentes en la implementación de los juicios, nunca la discusión sobre genocidio se ha destacado en la genera de demora o impunidad, ni ha implicado límite alguno para las condenas. Por el contrario, los tribunales que han reconocido la existencia de un genocidio en la Argentina son, paradójicamente, quienes han aplicado condenas más duras, tanto en lo que refiere a los años de prisión como en sus condiciones de cumplimiento (efectiva y no domiciliaria).

Pese a ello, la acusación prosigue, quizás como un modo de no aceptar la existencia de una discusión legítima cuando el empeño en la interpretación literal comienza a no encontrar razones para defender su terca obstinación tanto frente al cuestionamiento normativo como ante el histórico-sociológico.

Abandonando entonces las razones, los últimos ataques se basan en el mayor número de sentencias que no reconocen el genocidio (aproximadamente el 80% de las sentencias producidas en el período 2005-2011) y en la falta de aceptación de esta interpretación en los tribunales internacionales. De hecho, los tribunales internacionales han preferido en todos los casos condenar por crímenes contra la humanidad y no por genocidio, más allá de la discusión sobre los grupos políticos, como modo de legitimar un tipo mucho más abierto y manipulable para su abuso por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como legitimación de la intervención militar, cuyo caso emblemático ha sido el bombardeo de Libia en 2011.

El desprecio por la reflexión, la argumentación y el debate entre pares pareciera ser escondido bajo una presión diligente por concluir los juicios, presión que esta discusión se supone que estaría dilatando.

Primero eran los sobrevivientes, que no debían ser escuchados porque nada entendían de los procesos jurídicos. Luego, los científicos sociales también debían quedar fuera de la discusión, porque pese a provenir del campo académico, no pueden presumir de llevar la toga. Cuando los propios abogados jóvenes comienzan a realizar el mismo planteo, se les opone la urgencia por concluir de una buena vez con estos juicios tan dilatados: “no molesten, estamos juzgando”.

VI. Algunas consecuencias de estas discusiones para el presente y futuro del derecho, la criminología y las ciencias sociales

Más allá, entonces, de los distintos argumentos jurídicos, criminológicos, históricos y sociológicos vinculados a la calificación de genocidio, vale destacar como conclusión algunas de las consecuencias eminentemente políticas de la discusión en estos diversos planos, a saber:

1) La aceptación de que la tipificación de un delito puede incluir a algunos sujetos y excluir a otros resulta inaceptable desde un punto de vista normativo y más allá de las interpretaciones. La aceptación de que la redacción de la Convención excluya a los grupos políticos, de género, identidad sexual, discapacidad, económicos, sociales, lingüísticos o cualquier otro es una puerta abierta a las tendencias crecientes de la instalación de un derecho penal del enemigo, a través de la aceptación de que los delitos pueden ser diferenciales en función de las víctimas a las que afectan, vulnerando el principio normativo fundamental de la igualdad ante la ley.

2) El intento de subsumir los genocidios contra los grupos excluidos, las violaciones y numerosas otras prácticas bajo la figura laxa de “crímenes contra la humanidad” colabora en los intentos por transformar a esta figura en un tipo penal abierto, que busca incluir actualmente delitos como el terrorismo, el narcotráfico y otros, cometidos por

individuos y no por el Estado y que cuentan en muchos casos con tipificaciones previas en los distintos códigos penales nacionales. Cooperar en ampliar la bolsa ambigua y laxa de los “crímenes contra la humanidad” llenándola con cualquier cosa es el paso más directo a destruir todas las conquistas garantistas de una criminología cautelar, aceptando un tipo cada vez más abierto que a su vez resulta imprescriptible y que legitima la violación de garantías como la territorialidad, entre otras.

3) Que esta aceptación de la ampliación y hegemonía de la figura de crímenes contra la humanidad como reemplazo de la más restrictiva y conceptualmente precisa figura de genocidio (aún en su formulación típica correcta, incluyendo a todo grupo), implica también una cooperación (sea ésta intencional o no) con el redireccionamiento del derecho penal internacional por parte de las potencias hegemónicas -en particular el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas- en tanto arma de legitimación de la conquista colonial. Y allí están como muestras los bombardeos “humanitarios” en la ex-Yugoslavia, Kosovo, Irak o Libia, todos ellos amparados en la figura de “crímenes contra la humanidad” y ninguno en la de genocidio, precisamente por el carácter laxo y cada vez más abierto de la primera.

4) Que este redireccionamiento del derecho penal internacional se articula con una criminología preventiva de las violaciones de DD.HH. estructurada a partir del principio de la “responsabilidad de proteger” y su implementación a partir de la Corte Penal Internacional en casos de “riesgo potencial de violaciones de los derechos humanos”, que justifica el ejercicio de un poder punitivo internacional previo a la realización de juicio alguno. Ejemplo de ello han sido las órdenes de detención libradas por el fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, contra los presidentes de Sudán y Libia, en el segundo caso utilizada para justificar los bombardeos contra dicho país. Una criminología preventiva con una fuerza que jamás se viera en el caso de los ordenamientos nacionales: la mera denuncia de la existencia de un delito justifica un castigo que incluye no sólo a los supuestos perpetradores sino a gran parte de sus connacionales, que mueren como parte de los “daños colaterales” de los bombardeos.

5) Que los conceptos alternativos al de genocidio creados hasta el momento en las ciencias sociales -politicidio, masacre, crímenes atroces- en nada cooperan con una elucidación mayor de los hechos de los que pretenden dar cuenta sino que establecen diferenciaciones de orden teórico pero abstractas, que no tienen posibilidad de constatación efectiva en los fenómenos histórico-concretos, sea porque separan lo estructuralmente análogo (politicidio-genocidio) o unifican lo estructuralmente diferencial (masacre o crímenes atroces).

El movimiento de derechos humanos argentino se ha puesto a la cabeza en una lucha que parecía internacionalmente perdida: la de ser capaces de nombrar a los hechos a través de los conceptos más precisos para comprender sus especificidades y sus consecuencias, condición fundamental para poder confrontarlos con éxito.

Está ahora en manos de los jueces y querellantes argentinos ser capaces de honrar dicha lucha con dignidad. ♦

.....