

La teoría de la pena en el delito de genocidio de acuerdo a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio

1. Introducción.

En este trabajo me propongo indagar acerca del sentido de la pena en el delito de genocidio a partir de las diferentes teorías que ha surgido a lo largo de la historia. Para ello, haré una breve introducción acerca del Derecho Penal y la importancia de la pena como su elemento constituyente; luego me detendré en la tipificación internacional del delito de genocidio sobre la que trabajaré; siguiendo por un repaso de las teorías más relevantes de la pena que se han postulado a lo largo de la historia del derecho penal; para finalmente reflexionar acerca de los fines de la pena en la tipificación del delito de genocidio, teniendo en cuenta la especial magnitud de éste, recordando que la atrocidad fue tal que el mundo debió pensar un nuevo término para acuñarlo. Cuando la realidad me enfrenta a los horrores del Holocausto, del terrorismo de Estado en Latinoamérica, de las limpiezas étnicas de África, no puedo evitar preguntarme qué rol cumple el Derecho, qué sentido tiene lo que hacemos, y si podemos colaborar socialmente en algo cuando los muertos ya están muertos.¹

El derecho penal y la pena.

El Derecho Penal puede ser entendido como *“la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de definir qué infracciones o transgresiones contra el orden social constituyen delito, amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la ejecución de aquel acto.”*² Así, el Estado reacciona ante un hecho que considera antisocial, pasado y violento con violencia sistematizada a través del sistema penal y de modo institucionalizado, lo que dota de legitimidad.³ Como modelo punitivo no soluciona conflictos, sino que *“los suspende en el tiempo”* y *“deja más conflictos sin resolver y deteriora la coexistencia”*⁴. Reflexionan Zaffaroni, Alagia y Slokar que *“El poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo. Como máximo, puede aspirar a suspenderlos, dejando que el tiempo los disuelva, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica), y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo”*.⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, y en palabras del Prof. Rusconi, es acertado *“ver al sistema penal como un instrumento destinado al control de las acciones más antisociales, al que solo es legítimo acudir cuando los demás controles informales o formales no punitivos han*

¹ El tema de la muerte y su relación con el Derecho Penal y la Criminología inspiró el título de una de las últimas obras del Profesor Zaffaroni nombrada “La palabra de los Muertos” con la que busca plasmar la cantidad de personas muertas de las que la ciencia penal elige no hablar, entre otros aspectos.

² RUSCONI, Maximiliano: *Derecho Penal. Parte General*. 3ra edición. Ad Hoc, 2016, p. 47.

³ RUSCONI. Op. Cit. P.47. Una visión crítica sobre el rol del Estado respecto del sistema penal puede verse en Zaffaroni, Alagia y Slokar “Derecho Penal, parte General” en donde postulan que el Derecho Penal debe actuar como un sistema de filtros contenedores de las pulsaciones punitivas del sistema penal y brindarle racionalidad y amplio respeto de las garantías constitucionales al proceso.

⁴ ZAFFARONI y otros. Op. Cit. P. 49.

⁵ ZAFFARONI y otros. Op. Cit. P. 6.

demostrado la imposibilidad de lograr un resultado adecuado” y “en este sentido el derecho penal no puede ni debe desprenderse de un rol de protección de la sociedad”⁶. De acuerdo a los conceptos brevemente esbozados el Derecho Penal, al ser responsable de introducir en el tejido social cuotas de violencia que responden a violencia, pero que a pesar de ello no solucionan conflictos, ni tienen en cuenta el rol de la víctima en la lesión del bien jurídico que busca proteger ni de la manutención en buenas condiciones de los lazos sociales, no es muy feliz, y por ello en el ámbito penal se lo suele llamar “de ultima ratio”. Nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que hemos incorporado a ella nos brindan diversas garantías que buscan preservar a las personas de la nocividad de esta intervención del Derecho Penal, que deben siempre ser respetadas y tenidas en cuenta en todas las interpretaciones que hagamos en este saber.

La pena, esto es el castigo, es protagonista de este saber. Los antecedentes históricos de esta rama del Derecho nos llevan a épocas lejanas donde las sociedades buscaron modos de determinar cómo solucionar conflictos de esta índole, que como mencioné anteriormente, son de los más violentos. Hemos pasado por momentos en donde a los culpables de hechos sociales indeseados se los perseguía a través de venganzas “privadas” a las que solo tenían derecho la familia del afectado/a, a través de ordalías o pruebas divinas, en donde se consideraba que las personas en conflicto debían llevar adelante pruebas riesgosas y el resultado de ésta sería la voluntad divina y determinaba al culpable, o a través de confesiones extraídas mediante la tortura durante la Inquisición. Sin embargo, lo que no ha cambiado es que la rotura provocada por el infractor en el lazo social siempre recibe una pena como castigo.⁷

2. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de la Organización de las Naciones Unidas.

La Organización de las Naciones Unidas se creó “*en el período subsiguiente a una devastadora guerra, con el objeto de contribuir a estabilizar relaciones internacionales y dar mayor consistencia a la paz*”⁸, y en el año 1948 se firmó la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, cuyos artículos I a IV son de especial interés y se transcriben a continuación:

Artículo 1º. Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.

Artículo 2º. En la presente Convención, se entiende 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 a 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.*

Artículo 3º. Serán castigados los actos siguientes:

⁶ RUSCONI. Op. Cit. P. 51/52.

⁷ Sobre el origen epistemológico de la palabra pena y su directa relación con el concepto de venganza: Derecho Penal. Parte General. Zaffaroni, Alagia y Slokar. Ediar. 2002. P. 40

⁸ Sitio web de la Organizaciones de las Naciones Unidas en <http://www.un.org/es/aboutun/history/achieve.shtml>

- a). *El Genocidio;*
- b). *La asociación para cometer genocidio;*
- c). *La instigación directa y pública a cometer genocidio;*
- d). *La tentativa de genocidio;*
- e). *La complicidad en el genocidio.*

Artículo 4º.- Las personas que hayan cometido genocidio o cualquier de los otros actos enumerados en el artículo 3º, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

3. Las teorías de la pena.

I. ¿Qué es la pena?

Podemos definir a la **pena** como el “*principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito*” (...) “*la que concreta una restricción de derechos al responsable, en virtud de una decisión impuesta en forma coactiva por los órganos competentes del control social*”⁹.

La Real Academia Española la define como “*castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta*”¹⁰.

II. Las teorías de la pena.

Las teorías de la pena buscan dar respuesta a una compleja pregunta, teniendo en cuenta que el Derecho Penal no soluciona conflictos: ¿por qué el Estado aplica un mal al sujeto que causó un daño social, cuando ese daño no puede repararse ni evitarse?¹¹

Si bien la problemática de la teoría de la pena tiene larga data, la doctrina no ha logrado dar con una respuesta definitiva: “*La pregunta acerca del sentido de la pena se plantea, nueva, en todas las épocas*”¹². A lo largo de la historia del derecho penal han surgido diferentes posturas que se desarrollaron en este acápite, para luego analizarlas junto al tipo penal de genocidio.

a. **Teorías absolutas de la pena.**

Para estas teorías, la pena se justifica en la esencia misma del valor de justicia. Se las llama absolutas porque no buscan la justificación por fuera de los límites de la aplicación de la ley al infractor y del hecho disvalioso sucedido en el pasado¹³, porque el fin de la pena acaba con la retribución, y porque no se encuentra vinculado a fin o efecto social alguno.

La teoría de la retribución.

También llamada por algunos como “teoría de la justa retribución” “teoría de la justicia” o “teoría de la expiación”, fue sostenida por Kant y Hegel, y “*ofreció una fundamentación de la pena pública que fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito elaborada a partir de las normas de Binding*”¹⁴.

⁹ RIGHI, Esteban. Teoría de la pena. Hammurabi. 2001. P. 17

¹⁰ RAE: <http://dle.rae.es/?id=SQbVLbD|SQczESN>

¹¹ RUSCONI Y KIERSZENBAUM. Op. Cit. P. 24

¹² Claus ROXIN en Rusconi, Op. Cit. P. 61.

¹³ RUSCONI. Op. Cit. P. 62-63

¹⁴ RIGHI. Op. Cit. P. 18

La teoría de la retribución postula que a las personas se las debe motivar a través de normas (anterior con descripción legal), diferenciándose de aquellos que sostenían que la pena era suficiente para motivar por considerar que esto solo puede funcionar en animales.¹⁵ El Estado aparece como un guardián de la justicia y como el conjunto de ideas morales que le permiten al hombre autodeterminarse.

La pena agota su fin en la retribución y será legítima cuando el castigo sea la retribución por una lesión cometida culpablemente, y justa cuando le produzca al autor un mal que compense el mal que ha causado libremente mediante la disminución de sus derechos¹⁶. De aquí que se identifique a este teoría con una que no le otorga ningún tipo de utilidad social a la pena para justificarla, su característica más famosa.¹⁷ Al no observarse si la imposición de pena tiene algún sentido social, permite la aplicación de penas inútiles, ejemplificada con el clásico ejemplo de “la isla” en el que Kant postula que aún en el supuesto en el que todos los miembros de la sociedad civil se pusieran de acuerdo para disolverla, antes debería ejecutarse hasta “el último asesino de la cárcel” para que cada quién recibe lo que merece por sus actos.

El antecedente de este tipo de razonamientos es la célebre Ley del Talión que rezaba “ojo por ojo, diente por diente”.

Esta teoría recibió críticas por postular como respuesta al mal otro mal, por no tener fundamento empírico, por entender al deber jurídico como algo diferente de la sanción, y por esconderse detrás de la función de defensa social¹⁸, tienen un punto a favor que es positivo: postulan una relación de proporcionalidad entre la culpabilidad y la pena, lo que a todas luces es límite a las pulsiones punitivas del Estado.

De todos modos, es menester finalizar este acápite dejando en claro que *“El Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y libertad, éste está limitado a esa tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal causando otro mal adicional solo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo”*¹⁹

b. Teorías relativas de la pena.

Estas teorías le otorgan a la pena una función manifiestamente social, como se verá a continuación. Renuncian a darle fundamento ético a la pena, y la entienden como “un instrumento del Estado, un remedio para impedir el delito. La pena es concebida como un instrumento de motivación”²⁰, es decir, parten de su utilidad para proteger a la sociedad o a lograr ciertos resultados considerados benéficos.

¹⁵ RIGHI. Op. Cit. P. 19. En palabras de Hegel “con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se lo trata según su honor y libertad, sino como a un perro”.

¹⁶ RUSCONI. Op. Cit. P. 64

¹⁷ En palabras de Roxin: “la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino mediante la imposición de un mal mercedamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Punto 3.

¹⁸ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 56. “Las asignaciones de funciones manifiestas a la pena son variables de la general función de *defensa social*. Incluso las construcciones que renuncian a todo contenido empírico o pragmático (las llamadas *teorías absolutas*), también en forma indirecta apelan a la defensa social”.

¹⁹ ROXIN. Op. Cit. Punto 8.

²⁰ RIGHI. Op. Cit. P. 23.

La teoría de la prevención general.

El fin de la pena para estas teorías radica en la influencia que ejerce sobre la comunidad, y pone el foco en el conjunto social, y por eso se la llama *general*.

Esta teoría presenta dos versiones: a teoría de la prevención general positiva y la teoría de la prevención general negativa.

1. La teoría de la prevención general positiva.

De acuerdo a esta teoría, la función de la pena es reafirmar la vigencia del derecho, de la norma que resulta infringida al cometerse un delito. “*La criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados, no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico producto del consenso, y por ende reforzador de su confianza en el sistema social en general (y del sistema penal en particular)*”²¹. De este modo, la imposición de pena es parte de un proceso de comunicación entre el sistema y sus miembros, y desde el plano teórico la pena genera un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, utilizando el sufrimiento del penado como símbolo, volviendo así al único verdaderamente protegido al sistema en sí.²² La reacción estatal de penar es fundamental para poder reestablecer el orden social que fue fracturado por el delito.²³

De esta teoría se desprenden tres fines y efectos diferentes pero relacionados entre sí: el aprendizaje que se genera en la población por la actividad de la justicia penal, la confianza que genera a un ciudadano ver que el derecho se aplica y la pacificación que se da cuando la conciencia jurídica general genera tranquilidad al solucionar el conflicto generado por el quebrantamiento de la ley a través de la pena.²⁴

Entre las críticas que esta postura ha recibido, se encuentran la de anteponer al sistema por sobre el individuo; que la constante necesidad de promover la confianza haría que solo sea procedente penar a los delitos más visibles y toscos, mientras que aquellos que no llegan a ser conocidos no tendrían razón para ser penados, como los delitos de cuello blanco, a pesar de generar disvalores sociales de igual modo y no brindar herramientas para la determinación de la duración de la pena.

2. La teoría de la prevención general negativa.

En esta postura, la pena es útil para desalentar a través de la amenaza de pena a los potenciales criminales. La pena que se encuentra formulada en abstracto en una norma jurídica, se torna real en la sentencia judicial cuando se condena al culpable de romper con lo mandado por la norma, y es por ello que para esta teoría es fundamental que las penas se cumplan y así generen el efecto de intimidación buscado.

Se parte de la idea de un ser humano racional que siempre está haciendo cálculos en términos de costo-beneficio.²⁵

Entre sus críticas, se encuentra que el mero hecho de estar en una situación ante la cual un juez debe juzgar a una persona por haber desobedecido una norma jurídica evidenciaría el

²¹ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 62

²² ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 62

²³ “La pena posee la función de ratificar y asegurar la validez de normas que han sido pensadas como modelos de orientación social y han sido vulneradas, reforzando a través del castigo la confianza general en ellas (...) La respuesta pena es considerada imprescindible para el restablecimiento del orden social quebrantado por el delito tendiente a la estabilización de la norma”. RUSCONI. Op. Cit. P. 74.

²⁴ ROXIN. Op. Cit. Punto 27.

²⁵ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 58.

fracaso del criterio,²⁶ que al individualizar la pena en el caso concreto es difícil determinar el énfasis punitivo que se debe dar, y que la debilidad de sus argumentos fomenta o facilita la generación del “terror penal”, el que termina por generar lo opuesto a lo buscado.²⁷

La teoría de la prevención especial.

En este caso, la función de la pena está dirigida al autor individual del delito, y por ello se la llama *especial*.

1. La prevención especial positiva.

La pena sirve para prevenir nuevos hechos delictivos del mismo autor, esto es, evitar que reincida en la criminalidad, y por ello a la hora de individualizar la pena se toma en cuenta el pronóstico de conducta futura en lugar del hecho cometido. Declara una finalidad resocializadora, de reinserción social del delincuente a partir de su corrección, “una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor”²⁸ (las llamadas ideologías “re”).

Esta teoría “*cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del estado social*”.²⁹ El punto a favor de esta teoría es que resalta el carácter humano de las personas que delinquen y que son sometidas a penas que privan de la libertad.

Entre las críticas con las que esta teoría se enfrentó, se encuentra que no respeta el principio de proporcionalidad ya que sería necesario retener al penado el tiempo necesario hasta que se logre el cometido resocializante; que es dudoso que por la posibilidad de que le impongan pena se disuada realmente al delincuente, mucho más dudoso que se lo resocialice³⁰, y más importante, que en los casos de delitos graves en los que no hay riesgo de reincidencia, los delitos quedarían impunes³¹, mientras en casos de delitos de escasa gravedad pero propensos a repetirse en el tiempo, serían penados fuertemente.

2. La prevención especial negativa.

En este supuesto la pena cumple la función de neutralizar al individuo delincuente. Se la suele postular junto con la teoría de la prevención especial positiva, y es de aplicación

²⁶ “Es muy difícil verificar cual es el efecto preventivo general de la pena, pues toda comisión de un delito evidencia el fracaso de ese criterio, sin que sea válida la réplica de que todo sujeto que no realizó conductas punibles pueda constituir una prueba a su favor, pues muchos hombres no las cometen por motivos diversos a la amenaza penal”. RIGHI. Op. Cit. P. 25.

²⁷ “Una prevención general exagerada no se traducirá necesariamente en disminución de los índices de criminalidad. La experiencia contemporánea acredita que los aumentos desmesurados de la amenaza penal sobre la base de pautas preventivo generales, habitualmente encubren la ineficacia de los órganos estatales de control, o lo que es más grave contextos sociales más injustos”. RIGHI, Op. Cit. P. 25

²⁸ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 62

²⁹ ROXIN. Op. Cit. Punto 15

³⁰ RUSCONI Y KIERSZENBAUM. Op. Cit. P. 30-31.

³¹ “Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización (...) con personas que han cometido delitos graves, pero en los que no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepitable, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de la prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente?”. ROXIN. Op. Cit. Punto 19.

subsidiaria, es decir, cuando ya no es posible aplicar la resocialización en el individuo delincente, entonces aplica la neutralización.³²

3. Las teorías unificadoras.

Estas teorías se caracterizan por combinar los principios de las teorías absolutas y relativas respecto de la legitimación de la pena.

El surgimiento de estas teorías unificadoras puso de manifiesto una crisis³³ por la ausencia de respuestas doctrinarias satisfactorias, pero trae una serie de contradicciones internas difíciles de superar.³⁴

Teoría unificadora retributiva.

La pena persigue fines preventivo especiales, generales y retributivos, pero éste último es el rasgo predominante. “Lo decisivo es la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque junto con ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y aseguramiento, pasan frente a aquel a un segundo plano”³⁵

Teoría unificadora preventiva dialéctica.

Sostiene que los efectos preventivos tanto generales y especiales se aplican a la función de la pena pero en cada etapa adquieren diferente preponderancia. Esto es: al momento de crear la ley que contiene un delito la función de la pena es preventivo general; al momento de individualizar la pena el fin será retribucionista, respetuoso de la proporcionalidad, y al ejecutar la pena será de fin preventivo especial.³⁶

4. La Teoría Consensual.

Con la inquietud puesta en la justificación ética de la pena, el profesor Nino postuló la teoría consensual, por la que le otorga como características:

- A. La pena implica la privación de derechos normalmente reconocidos y otras medidas consideradas no placenteras.
- B. Es consecuencia de un delito.
- C. Es aplicada en contra del autor del delito.
- D. Es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido el acto de que se trata.³⁷

De allí que entiende a la pena es una familia de medidas que culminan en la restricción o privación de derechos reconocidos, las que serán justificadas en cuanto sean necesarias y efectivas para proveer de protección a la sociedad. La medida de esta pena se basaría en “consideraciones puramente racionales de prudencia”³⁸ y el consenso social del castigo.

5. La teoría agnóstica y negativa de la pena.

³² ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 63

³³ RIGHI. Op. Cit. P. 31.

³⁴ Una crítica a estos postulados unificadores se puede encontrar en ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 71

³⁵ ROXIN. Op. Cit. Punto 32.

³⁶ RIGHI. Op. Cit. 34-36. RUSCONI y KIERSZENBAUM. Op. Cit. P. 32.

³⁷ NINO, Carlos “Los límites de la responsabilidad penal” en RUSCONI, Maximiliano, Op. Cit. P. 71.

³⁸ RUSCONI. Op. Cit. P. 71.

Esta teoría es postulada por Zaffaroni, Alagia y Slokar, y parte con una visión institucional consciente de la crisis de legitimidad que sufre y de lo casi imposible de contestar la pregunta ¿para qué sirve la pena?

La pena es un hecho de poder, y como concepto jurídico se basa en la referencia óptica, no le asigna ninguna función positiva y resulta negativo a través de la exclusión, y como no sabe para qué sirve, si es que sirve para algo, se la denomina agnóstica³⁹.

Se considera a la pena:

- a. Una coerción
- b. Que impone una privación de derechos o un dolor
- c. Que no repara ni restituye
- d. Ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.⁴⁰

4. La teoría de la pena ante el delito internacional de genocidio.

En el desarrollo anterior se analizaron las teorías de la pena de mayor relevancia en el ámbito penal. Podemos decir que “*se cree con todo esfuerzo teórico a efectos de justificar ética o moralmente a la pena ha perdido totalmente su sentido para el jurista*”⁴¹. Entre éstos existe un divorcio de las valoraciones del tipo jurídico y valoraciones del tipo ético, siendo éstas últimas una suerte de palabras prohibidas en el ámbito, manchadas con tintes de subjetividad imperdonables para este espacio de conocimiento. Pero tal vez “*hay buenas razones para pensar que la sociología tiene mejores posibilidades de explicar este fenómeno, justificarlo o aniquilarlo como una realidad posible*” (...) Hay pocas razones para explicar esta devoción de los juristas por describir con convicción instancias que de existir operan en ámbitos casi inaccesibles a nuestro conocimiento.⁴²

La pregunta inicial, y la inquietud que da origen a este trabajo, es qué ganamos como sociedad, para qué nos sirve a las personas que nuestros sistemas sociales, que organizan nuestro modo de vivir en conjunto, penen a los considerados genocidas por el ordenamiento jurídico internacional.

Las teorías relevadas anteriormente han sobrevivido con casi una nula comprobación empírica: “*No hay nada que demuestre que la pena intimida, menos aún que confirma la confianza institucional alguna y solo a la ceguera científica más inquisitiva se le puede permitir afirmar que la pena reeduca o resocializa*”⁴³. El escenario es desalentador para aquel que pretenda encontrar una respuesta concisa a la justificación de la pena en el ámbito del derecho penal, pues con toda seguridad aquí no se encuentra.

Ya no se trata de postular la necesidad de contener las pulsaciones del estado de policía que se encuentra dentro de todo estado de derecho que busca desbordar el uso del poder punitivo, pues no es jamás lo mismo cuando la magnitud de los hechos obliga a la teorización de nuevos conceptos.⁴⁴ Tal vez sea un buen momento para que como abogados tomemos el dato de la

³⁹ El uso del término “agnóstico” es declaradamente intencionado, a fin de ilustrar que en la civilización industrial, el poder punitivo tomó en parte el lugar de la religión.

⁴⁰ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 55 y ss.

⁴¹ RUSCONI. Op. Cit. P. 80.

⁴² RUSCONI. Op. Cit. P. 90

⁴³ RUSCONI. Op. Cit. P. 91

⁴⁴ “Aún cuando se asuma que es posible encontrar alguna justificación ético-social de la pena estatal (incluso cuando ello sea considerado de alguna utilidad científica para los juristas) será realmente difícil pensar, por ejemplo, que la aplicación de pena en el juzgamiento de delitos contra la humanidad cometidos en el ámbito de un gobierno de facto (...) responde a la misma razón ética que a la aplicación de sanción estatal frente a un hurto simple”. RUSCONI. Op. Cit. P. 80

realidad que nos indica que no tenemos en claro para qué sirve la pena, que nos enfrentemos a la posibilidad de que pueda que no tenga una utilidad real en términos jurídicos, y que sin embargo sí la tenga a nivel social.

Si bien *“la pena del genocidio no se distingue del resto del ejercicio del poder punitivo (...) por regla general no alcanza a todos los autores; mucho menos a los partícipes de cualquier naturaleza y, entre estos, rara vez a los instigadores”*⁴⁵

Es que *“basta con sobrevolar la historia para verificar que el poder punitivo siempre procuró liberarse de todo control, y que cuando realmente lo logró hizo estallar todos los estados de derecho y puso en acto toda su potencia, que culminó en los genocidios, que no son otra cosa que el producto más formidablemente letal del propio poder punitivo desbocado”*⁴⁶.

Es que un delito como el de genocidio siempre se da en un ámbito jurídico que lo avala. Así, repasando las teorías postuladas, nos encontramos con qué respecto de las teorías relativas, es ciertamente difícil afirmar que la respuesta puede encontrarse entre la teoría de la prevención general positiva, que en palabras de Zaffaroni *“Pero más absurdo es pretender reforzar la confianza pública en un sistema que, si no se destruyó, por lo menos permitió la muerte de millones de personas”*⁴⁷. Estamos hablando de un contexto en el que comunidades enteras se encuentran destruidas, y en algunos casos diezmadas. La rotura del lazo social es tal que no hay manera de que la sociedad entienda que la razón de ser de la pena tiene que ver con la confianza en el sistema judicial en modo alguno. Recordemos que Hitler llevó adelante su gobierno sin derogar la Constitución de ese entonces, y durante un largo lapso, legislando a través de leyes y decretos leyes. ¿Es este el sistema al que la sociedad buscará legitimar nuevamente? ¿Aquel que permitió los atropellos que llevaron al desarrollo de un plan sistemático de exterminio? No lo creo.

La teoría de la prevención general negativa corre igual suerte. El postulado de un ser humano racional que hace un cálculo constante de costos y beneficios motivándose en la ley penal y a sabiendas de que le corresponderá una pena no encuentra lugar en el supuesto fáctico de un genocidio. En términos generales, los perpetradores de crímenes genocidas se saben impunes, y en todo caso no le otorgan importancia a los postulados legales. Claramente la amenaza de pena no es suficiente para frenarlos, de otro modo, no hubiera sido jamás necesario postular convenciones internacionales que lo sentencien como delito, mucho menos acuñar el término “genocidio”.

Las teorías de la prevención especial positiva, que pone el foco en evitar la reincidencia de los autores, y postula las ideas “re” de resocialización y reinserción social, no tienen sentido en este contexto. ¿Cómo reincidir en el asesinato de millones de personas? Las vidas que se van son irre recuperables, y poco y nada puede hacer el derecho penal a pesar de la pena cuando la riqueza humana de cada ser viviente es arrebatada injustamente.

De similar modo deberé de concluir respecto de la teoría de la prevención especial negativa. Es cierto que los autores de un genocidio deben ser neutralizados en el sentido de evitar que conserven el poder y la capacidad de gestionar la atrocidad de la muerte a gran escala, pero ello no soluciona las vidas humanas con las que lograron terminar impunemente. En este sentido, la pena puede satisfacer la neutralización pero difícilmente logre justicia.

Y finalmente, la teoría de la retribución no tiene lugar en este escenario fáctico porque devolver una dosis de mal igual a la que el autor insertó en el medio social es simplemente imposible cuando hablamos de asesinatos a gran escala. Y aún si quisiera forzar el razonamiento y postular que es posible, jamás respetaríamos la proporcionalidad propuesta por la teoría y la dosificación de dolor requerida cuando aquel que tomó millones de vidas debe pagar solo con la suya.

⁴⁵ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 197

⁴⁶ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 197

⁴⁷ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. Op. Cit. P. 197

Así las cosas, no me queda más opción que ver por mis propios ojos que Zaffaroni, Alagia y Slokar han llegado a un buen puerto cuando postularon la teoría agnóstica de la pena. Es real que los abogados penalistas no tenemos mucha idea para qué sirve, pero sí tenemos en claro que existe y que es la base de nuestro sistema penal y de su organización. Es una gran colaboración a la ciencia penal poder hablar en estos términos, ya que nos ayuda a aceptar que las personas involucradas en procesos penales, son eso: personas.

La tipificación internacional del delito de genocidio no nos brinda pistas sobre que teoría de la pena tenían en mente sus autores cuando la idearon. Esto es algo muy usual, ya que normalmente los legisladores piensan normativas de acuerdo a necesidades sociales, y no necesariamente de acuerdo a parámetros penales.

Y teniendo en miras que nuestra especialidad está en las leyes, en el sistema jurídico, en las bases constitucionales que lo sustentan, parece un poco ambicioso de nuestra parte buscar abarcar contenidos que a todas luces corresponden al campo de estudio de otras ciencias, como la psicología y la sociología. La teoría de la pena en el delito de genocidio es agnóstica porque de seguro cuando se pena implica sobre el autor una coerción, que no repara ni restituye los daños terribles que fueron ocasiones, le impone dolor y no detiene lesiones o peligros inminentes.

Así las cosas, me propongo finalizar esta exposición abarcando dos aspectos que hacen a la temática de la pena: por qué juzgar el genocidio, y qué rol podrían tener el reemplazo de las penas tradicionales con las denominadas por la doctrina como “tercera vía”.

5. Reflexiones finales: Juzgar el genocidio.

La facultad de juzgar es una de las facultades humanas máspreciadas “*en tanto evaluación ético-moral de las acciones humanas, en tanto a posicionamiento subjetivo frente a lo bueno, lo malo, lo justo y lo injusto*”⁴⁸. Sin embargo, como se fue desarrollando a lo largo del trabajo, los juristas tenemos una especie de obsesión con la pena: “*subordinar el juicio a la pena ha sido una constante que atraviesa a todos los que plantean distintas funciones para la pena, incluso para quienes sostienen que la pena no tiene función, o a quienes se definen como agnósticos en dicho debate. Unos y otros han subordinado el análisis del juicio a su mero carácter de procedimiento para arribar a una pena*”⁴⁹ y es un noble objetivo el de “*liberar del análisis de la facultad de juzgar de su subordinación a las lógicas punitivas*”⁵⁰

Dice Hanna Arendt “*Las cuestiones legales y morales no son en absoluto las mismas, pero guardan cierta afinidad entre sí porque unas y otras presuponen la capacidad de juzgar*”, y dice que cuando una persona rompe el lazo social al gravísimo nivel de ser responsable de la destrucción humana, el juzgamiento por sus pares (humanos) es útil para devolverle la condición perdida de persona. En la misma línea se expresa Zaffaroni.

Estas posturas echan luz sobre la desconexión que el derecho penal ha sufrido de la sociedad que lo rodea, de la humanidad que justifica su existencia. Como juristas nos olvidamos de que nunca debemos soslayar el rol de los miembros de la sociedad en el proceso de juzgamiento, pues su participación hace a la construcción de la paz social interrumpida por la perpetración de un genocidio. ¿Qué sentido tiene dar una justicia desconectada de los reclamos sociales? El Derecho Penal tiene una marcada tendencia a clasificar a todos aquellos ajenos a su conocimiento de no informados y por ende no acepta sus opiniones. Pero es menester recordar que al tratar constantemente con personas, y con sus problemas relacionados a la perpetración de delitos, es necesario tener en cuenta constantemente que son problemas reales, de personas reales, que merecen ser oídas. Y en un proceso genocida, que necesariamente inserta una dosis altísima de dolor en el marco social, que destruye familias enteras, que desaparece grupos

⁴⁸ FEIERSTEIN. “Juicios”. Fondo de Cultura Económica. 2015. P. 26.

⁴⁹ FEIERSTEIN. Op. Cit. P. 28

⁵⁰ FEIERSTEIN. Idem.

sociales del mapa, y que marca a fuego a sus sobrevivientes, es ineludible tenerlos en cuenta en el proceso.

Los Tribunales de Opinión son el claro ejemplo de que la humanidad necesita “*evaluar colectivamente las acciones y llegar a conclusiones compartidas con respecto a su valoración ético-moral (precisamente aquello que el derecho penal prohíbe a los jueces y al proceso penal)*”⁵¹. Y en este sentido “*Los crímenes de Estado desnudan la urgencia de liberar a dicha facultad de juzgar de su confiscación por el sistema de la pena, bajo el riesgo de que el formalismo ético produzca deslegitimación definitiva (y consiguiente colapso) del sistema garantista y su reemplazo por lógicas inquisitoriales (...)*”⁵²

Un verdadero proceso de juzgamiento tiene un riquísimo valor social, en tanto produce certeza sobre los hechos sucedidos, brinda paz social a los sobrevivientes y a todo aquel que reclame justicia en tanto conocen qué sucedió, y permite establecer con claridad la historia, quitando la posibilidad de las eternas teorías negacionistas que no tardan jamás en aparecer.

Claro que un delito de genocidio no podría jamás quedar impune: la rotura del lazo social llegó al límite máximo. La humanidad no puede permitir que el responsable de la matanza sistematizada de personas vuelva a su casa a vivir la vida como si nada hubiera pasado, aunque ciertamente esto ha sucedido. La pena debe existir, en tanto reprimenda social de la atrocidad cometida. Cuando esto no este castigo no es provisto a la sociedad a través del sistema penal, la venganza no tarda en llegar de manos del propio pueblo que no soporta ser sometido a tanta injusticia. Pero, ¿es realmente bueno para nosotros como seres humanos que, por ejemplo, Eichmann haya resultado muerto luego de su proceso de juzgamiento? ¿Esta aplicación de pena no lo volvió un mártir de la causa e ideales nazi? ¿No se le permitió morir sin expresar ni la más mínima gota de arrepentimiento por lo que hizo? Se me ocurre pensar que podríamos haber dado otra respuesta a la conclusión de su culpabilidad. Y esto me lleva a hablar de la llamada “tercer vía” del proceso penal, una iniciativa que ya tiene varios años pero que se asoma tímidamente entre nosotros, sin darle mucha importancia.

La “tercer vía” es la reparación del daño en la medida en que pueda ser pensada como sustituto de la pena. Claro que “*la reparación como tercer vía requiere un escenario dogmático procesal esencialmente distinto al actual. En primer lugar, se requiere la participación de la víctima, por lo menos para el funcionamiento efectivo de la tercera vía mucho más protagónica que el que prevén actualmente los sistemas de enjuiciamiento. En segundo lugar, es un requisito indudable un escenario procesal mucho más amigable y menos formal, con un diseño más cercano a los modelos de mediación*”⁵³

Lo que la “tercer vía” habilitaría es ofrecer una verdadera reparación la víctima. En el contexto de un genocidio podríamos pensar que la condena de encierro podría incluir en lugar de las típicas actividades recreativas que se hacen en las instituciones penitenciarias, cosas como: charlas con los sobrevivientes del genocidio que lo obliguen a escuchar los calvarios por los que hizo pasar a seres humanos, y enfrentar a un ser de carne y hueso que lo hace responsable de su sufrimiento; estudios de genocidios anteriores de grupos sociales con los que tenga mayor afinidad para que comprenda la magnitud del injusto cometido y a la vez comprenda el dolor causado; colaboración activa en el proceso de rearmado de las vidas que estuvieron “suspendidas” durante el proceso genocida de los sobrevivientes, desde arreglos en sus casas, manutención, comidas, quehaceres, entre otros. La razón por la que se pensó en esta tercer vía como una posibilidad es porque el proceso penal no solo no da participación a la víctima, ni le soluciona los problemas sino que siquiera se ocupa de ver que la pena cambie algo

⁵¹ FEIERSTEIN. Op. Cit. P. 66

⁵² FEIERSTEIN. Op. Cit. P. 91

⁵³ RUSCONI. Op. Cit. P. 682

en su vida cotidiana. De eso se trata el derecho penal, de solucionar un injusto devolviendo justicia al ámbito social, no desentendiéndose de lo que le pasa a los miembros del grupo.⁵⁴

6. Conclusiones

La pregunta inicial de este trabajo fue cuál es el sentido de penar el genocidio. Que teoría de la pena podría indicar la razón filosófica por la que lo hacemos. Y como ya dije anteriormente, tal vez buscando las respuestas a estos interrogantes en el ámbito del derecho penal no lleguemos a buen puerto. Tal vez sea un buen momento para que los abogados entendamos que en ciertos aspectos de nuestro saber es bueno dejar entrar, aún de a ratos, a otras disciplinas para que nos auxilien. Y es que si quisiera dar respuesta a la pregunta con cualquiera de las teorías de la pena clásicas, no la encontraría. La llegada de la *Teoría Agnóstica y negativa de la pena* trae un poco de luz a esta discusión, pero sigue sin responder por qué las personas necesitamos ver a los responsables del genocidio sufriendo una pena. ¿Es que los seres humanos seguimos arraigados a la idea primitiva de venganza, y el encierro de por vida, y en los peores casos, la pena de muerte, es una fuerte venganza contra el autor de la masacre atroz que un genocidio es? Es en este sentido que sería bueno contar con un auxilio de la psicología y de la sociología que nos ayuden a entender que las personas necesitan cerrar esas heridas colectivas, y a través de que mecanismos logran hacerlo con más éxito.

⁵⁴En las clases de derecho penal se suele ejemplificar la “tercer vía” ejemplificando que ante el asesinato de un padre de familia responsable de la manutención del grupo social, a la esposa que queda sola con un bebé le es más útil que el asesino brinde el ingreso monetario que la víctima ya no puede proveer antes que su encierro. De poco sirve el encierro aún considerado justo si la señora no tiene como alimentar a su hijo por culpa de su accionar disvalioso.

Bibliografía consultada:

- Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio – Organización de las Naciones Unidas (ONU). Disponible aquí: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1951/01/19510112%2008-12%20PM/Ch_IV_1p.pdf
- RUSCONI, Maximiliano y KIERSZENBAUM, Mariano. “Elementos de la parte general del derecho penal” Hammurabi. 2016.
- RUSCONI, Maximiliano. “Derecho Penal. Parte General”. Ad Hoc. 3º edición actualizada y ampliada. 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. “Derecho Penal. Parte General”. Ediar. 2º edición. 2002.
- RIGHI, Esteban. “Teoría de la pena”. Hammurabi. 2001.
- ROXIN, Claus. “Derecho penal. Parte General”. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” 2da edición. Civitas.
- MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos”. Editores del Puerto. 2º edición. 1999.
- FEIERSTEIN, Daniel. “Juicios. Sobre la elaboración del genocidio. II”. Fondo de cultura económica. 2015.