

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

EDITOR RESPONSABLE

FRANCISCO J. CROCIONI

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (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 1933-2014)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
JAVIER BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

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.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

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

Problemas de tipicidad por factores culturales Por María Javiera Olguín Ríos	3
Los fundamentos de la pena en los “crímenes de Estado”: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica Por Matías Bailone	13
El abuso sexual infantil Por María Pilar Marco Francia	26
Neurociencias, sistema neuroendocrino, Derecho penal y abusos sexuales en la infancia Por María Pilar Marco Francia	38
Sexualidad, violencia y Derecho penal Por María Pilar Marco Francia	49
“Ni una menos” Por María Pilar Marco Francia	61
Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, el contraterrorismo y el tráfico de armas Por Myrna Villegas Díaz	66
El “caso Messi” y la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada en materia de delitos fiscales Por Francisco J. Crocioni	84

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

Reparación simbólica y sentencia integral. Ampliando el sentido de Justicia
Por **Ernesto F. Lombardi y Adriana S. Taboada** 99

Acción pública y víctima: alguien tiene que ceder. Observaciones en torno a la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos 27.372
Por **Yanina Di Blasio** 112

NOTA A FALLO

Comentario prisión domiciliaria
Por **Luis Ceserani** 119

PRISIÓN DOMICILIARIA / Dolencia del reo. Inexistencia de enfermedad terminal. Rechazo del pedido de prisión domiciliaria. Condición de ex juez federal del reo. Condiciones de seguridad personal. Uso de pulsera electrónica. Rechazo del recurso de casación (CFCasación Penal) 119

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

DOCTRINA

La teoría de la pena en el delito internacional de genocidio
Por **Natalia Hirschhorn** 131

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Cesare Beccaria, la humanidad de las penas y la prisión permanente revisable en el Código Penal español
Por **Alejandro Luis De Pablo Serrano** 145

La emergencia securitaria en tiempos de criminología mediática
Por **Natalia Hirschhorn** 166

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

Los discursos de *Lady Macbeth*. El antiterrorismo penal en el ámbito armonizado internacional
Por **Matías Bailone** 181

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil. Una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos

Por **Mary Beloff, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni** 197

GRANDES EMPRESAS, ACTIVIDADES LESIVAS Y DERECHOS HUMANOS

DOCTRINA

Pueblos indígenas. Herramientas conceptuales

Por **Ángela Catrilef Santana, Florencia Zubeldia Cascón, María Elicia Lobato y Esteban Pizá** 205

Macrocriminalidad. Herramientas conceptuales

Por **Silvia Contrafatto, Micaela Guevara, Laura Hinojosa y Manuela Loperfido** 212

Victimología. Herramientas conceptuales

Por **Leandro Costanzo, Federico Mannará, Julia Álvarez Icaza Ramírez y Julio Anativia** 220

Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales

Por **Denisse Cufre, Rodrigo M. Raskovsky, Sofía Lascano y Santiago Botero** 229

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Reseña de *La muerte del verdugo. Reflexiones Interdisciplinarias sobre el cadáver de los criminales de masa*, por **Sévane Garibian (coord.)**. Comentado por **Valeria Vegh Weiss** 243

Los fundamentos de la pena en los “crímenes de Estado”: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica^(*)

POR MATÍAS BAILONE

Sumario: I. Introducción: las funciones manifiestas de la pena.— II. La criminología menos pensada: los delitos de los poderosos.— III. Los crímenes de Estado en perspectiva histórica.— IV. La sombra de Núremberg y el derecho penal internacional.— V. Conclusiones.

“Los habitantes de Lilliput consideraban ‘crimen verdadero’ a los delitos cometidos por individuos que gozaban de la confianza pública. Están convencidos que uno siempre puede hallar defensas contra los ladrones, quizá siendo vigilante y usando un poco de sentido común.

En cambio, hay pocas defensas contra los crímenes de los poderosos, quienes son capaces de convertir sus mayores oportunidades legítimas en mayores oportunidades criminales.” Vincenzo Ruggiero, *“Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anticriminología”* (1).

I. Introducción: las funciones manifiestas de la pena

La búsqueda de la fundamentación de la pena es una de las insistencias más comunes de la doctrina penal, desde que Beccaria inauguró la llamada “racionalidad jurídico penal moderna”(2) con su famoso opúsculo de hace

250 años. Anton Bauer, 70 años después sistematizaría los fines manifiestos de la pena, tal como se han desarrollado, en confusa yuxtaposición ecléctica, hasta nuestros días, siempre como variantes de los discursos de “defensa social”.

El penalista ilustrado, como exponente ideal del pensamiento beccariano (clara finalidad utilitaria y no humanista de las reformas), tamizado con remanentes de retribucionismo kantiano, y puesto a decantar en el espíritu peligrosista del siglo XIX, es un sujeto peculiar con una cierta obsesión por las funciones declamadas de la pena. La necesidad de justificación como premisa universal de un silogismo pseudocientífico, antecedió y reemplazó los debates teórico-políticos que debían comprometer a quienes pensarán posibilidades de punitividad en las sociedades de la revolución industrial.

Históricamente hubo un proceso de construcción de una nueva forma de poder, que con los ropajes de liberalismo desplegó políticas de homogeneización de sujetos y naciones, al sólo efecto de poner a los instrumentos jurídicos en disponibilidad servil a la sociedad de mercado. El proceso de codificación decimonónica fue una de esas técnicas, así como la sistematización cerrada de las finalidades de la pena (3).

^(*) Conferencia pronunciada por el autor en el Seminario de lectura sobre los fundamentos de la pena de la cátedra de la Prof. Dra. Mary Beloff, en julio de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(1) RUGGIERO, V., “Delitos de los débiles y delitos de los poderosos. Ejercicios de anticriminología”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

(2) Se habla de “racionalidad penal moderna” como un sistema de pensamiento que consideró al derecho penal como “mecanismo de regulación autosuficiente” y una nueva justificación discursiva del gobierno estatal. La excusa de prevenir y reprimir los crímenes será una vuelta de tuerca al contractualismo clásico. PIRES, Álvaro: “Historie des savoirs sur le crime et la peine”, De Boeck U., Bruselas, t. II, p. 145; SOZZO, Máximo, “Locura y crimen en el nacimiento de la racionalidad penal

moderna”, en SOZZO (coord.), *Historias de la cuestión criminal en la Argentina*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 25.

(3) Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel - AGÜERO, Alejandro: “Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva

El liberalismo penal pensó a la pena como otra función propia del Estado y, como tal, sometida a control y economización. No es casual la profesión del marqués milanés, ni su insistencia en las penas y los impuestos como fuentes del nuevo poder dominador, que hará hincapié en la economía de los castigos que, además, deben reunir una serie de características en consonancia con el utilitarismo preventivo.

El exceso de criminalización es contrario a una teoría liberal del Estado. Castigar en la medida justa fue interpretado como signo de humanidad, y no como un cálculo de gobierno eficiente de la punitividad. Sin entrar en detalles, una correcta profundización de la teoría de Beccaria, no hubiera acentuado los caracteres ilustrados contractualistas (como se hizo), sino una pormenorizada ciencia del hombre, como discurso prepositivista de predicción de la conducta humana y de eficacia concreta del castigo corporal (4).

En lugar de buscar el camino de las ciencias naturales, que era lo que pretendía el abuelo de Alessandro Manzoni, se prefirió la petrificación de postulados filosóficos sin basamento empírico. Mary Beloff habló de la imposibilidad de estas teorías como justificación de la pena, “en la medida en que los postulados en los que se basan no reconocen comprobación empírica alguna”(5). Todavía, como herencia de ese su-

histórica y moral”, en RDPyC, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, nro. 6, año II, p. 139.

(4) De todas las lecturas en clave prepositivista que se han hecho sobre Beccaria y su obra, ver BEIRNE, Piers, “Inventing Criminology: Essays on the Rise of “Homo Criminalis”, New York U Press, Albany, 1993; NAUCKE, Wolfgang, “Einführung: Beccaria, Strafrechtskritiker und Strafrechtsverstärker” en Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur *neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 2000, Vorwort, ps. V-VIII; y MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Beccaria, 250 años después: política criminal con base científica y utopía penal en su obra y en la actualidad”, en Revista de Derecho penal y Criminología, Ed. La Ley - Thomson Reuters, mayo de 2014, año IV nro. 4. Sobre las contradicciones de los supuestos cultores liberales de la penalidad, su trabajo sobre la figura y la tesis de Florencio Varela, ver SOZZO, Máximo, SOZZO, Máximo, “Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en la Argentina”, en NDP, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007B.

(5) BELOFF, M., “Teorías de la pena, la justificación imposible”, en MAIER, Julio (coord.), *Determinación*

puesto liberalismo penal, pensado como nueva tecnocracia del gobierno de la punitividad, se sigue arrastrando la necesidad de postular un fin declamativo, previo a cualquier teorización.

En 1882 Franz von Liszt da un viso positivista, y por lo tanto científico, al concepto de “política criminal” en su célebre “Programa de Marburgo”. La idea del fin en el derecho penal comienza a tomar forma como estrategias de prevención especial y de finalidad educativa, sin abandonar el sentido retributivo de la pena. El camino a los campos de concentración del nazismo quedaba inaugurado con esa publicitada conferencia antiliberal del penalista del Kaiser (6).

El discurso legitimante de la pena lo es por extensión de todo el sistema penal y de todas sus agencias, las judiciales y las ejecutivas. El fin de la pena es el que pretende convertir a la técnica jurídica en racional y científica, y “derivar deductivamente [de esa función] toda una construcción teórica que abarca los componentes pautadores, con lo cual cada teoría de la pena se convierte en una teoría del derecho penal”(7). La obligación epistemológica irra-

judicial de la pena, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, p.53.

(6) A pesar del intento de muchos de sus notables discípulos de hacer ver a von Liszt como un exponente teórico liberal, o como un político del liberalismo, ya no quedan dudas históricas sobre su marcado conservadurismo y racismo. El intento de salvataje podemos verlo en la biografía de Gustav Radbruch, en la famosa introducción de JIMENÉZ DE ASÚA, Luis al “Programa de Marburgo”, o en los buenos oficios de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Ver el “Prólogo” de DE RIVACOBA, Manuel a “La idea de fin en el Derecho penal” (Programa Universitario de Marburgo), de VON LISZT, Franz, Ed. de Edeval, Valparaíso, 1984, ps. 8 y ss. Pero ya son muchos los desenmascaramientos de la figura de von Liszt, que lo sacan del lugar en el que había quedado por su “lucha de escuelas” con Karl Binding y por la acción de sus sucesores, y lo pintan de cuerpo entero: la obra de historia del derecho penal alemán de Thomas Vormbaum, así como la publicación periódica que dirige sobre el mismo tema, y en español, el libro de Francisco Muñoz Conde, la novísima obra de Carlos Elbert y el nuevo libro de Raúl Zaffaroni (Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo”, Ed. Tirant, Valencia, 2003; ELBERT, Carlos, “Franz Von Liszt: Teoría y Práctica en la Política Criminal”, Ed. Prosa, Buenos Aires, 2017; ZAFFARONI, Eugenio R., “Doctrina pena nazi”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017).

(7) ZAFFARONI, Eugenio R., “En busca de las penas perdidas”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

cional de que las pautaciones decisorias de la jurisprudencia deban “permanecer deductivamente vinculadas (en posición deductivamente servil) a los componentes justificantes” míticos, torna imposible incorporar datos de la realidad social.

La función pautadora del discurso jurídico penal, es decir, la que planifica la operatividad de las agencias judiciales y el poder discursivo de los juristas, queda así sometida e invalidada de toda eficacia real. Un saber que pretende regular las conductas humanas en una sociedad, que intenta regular deontológicamente a una comunidad concreta, no puede quedar privado del conocimiento de la realidad social. Toda incorporación de datos de la realidad será impugnada por “ideológica”.

Muchos son los autores del pensamiento crítico, tanto en derecho penal como en criminología, que han puesto en crisis a la pena estatal o, mejor dicho, a los discursos legitimantes al uso por parte del poder académico (8). Pero tomamos aquí el magisterio de la segunda etapa de Eugenio Raúl Zaffaroni, inaugurada con el fundamental ensayo “En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico penal” de finales de la década del ochenta.

En esa obra bisagra, donde esboza sus dudas y observaciones al movimiento abolicionista, Zaffaroni justifica el ámbito del derecho penal (discurso de los juristas) como elemento de liberación, como lugar de negación de la violencia. La violencia institucional de las agencias punitivas puestas bajo el control de un instrumento jurídico, y habilitando un saber humanista que servirá de contención, como la Cruz Roja en momentos bélicos (9).

(8) Dice BELOFF, Mary, ob. cit.: “En las postrimerías del siglo XX, ya no tiene sentido seguir pensando teorías de justificación de la pena, salvo que uno actúe con muy ‘mala conciencia’. La mala conciencia del penalista es otra de las categorías críticas, en este caso usada también por Massimo Pavarini (Cf. PAVARINI, M., “Control y dominación, teorías burguesas de la criminalidad”, Ed. Siglo XXI, México, 1983).

(9) Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R., “El renacimiento del derecho penal liberal o la Cruz Roja judicial”, en GIANFORMAGGIO, L., “Las razones del garantismo, discutiendo con Luigi Ferrajoli”, Ed. Temis, Bogotá, 2001.

La separación entre el poder punitivo y el derecho penal fue para nuestra generación el equivalente a la de derecho y moral de los preilustrados. Negación a asignar funcionalidades manifiestas al poder punitivo, y fortificación de las estructuras dogmáticas de contención del derecho penal. El agnosticismo penal está dentro de la teorización del llamado “derecho penal humano”, que Zaffaroni termina de delinear en su más reciente libro (10).

La fundamentación antropológica básica del discurso jurídico penal es el núcleo básico posbélico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El nuevo orden positivo internacional y local pensado como fundamento del saber de los juristas, suscita muchas dudas, cuando se piensa que no es un sistema homogéneo ni petrificado, y cuando se aparta de los datos de la realidad social internacional.

El castigo penal es un proceso histórico, interconectado con las formas en que la sociedad se define como tal, es decir, con la realidad social. Tal como David Garland nos ha enseñado, las punitividades definen a una sociedad, la forma en que esa sociedad trata al desviado, las maneras institucionales en que esa comunidad se enfrenta al dilema del bien y del mal (11). Detrás de cada sistema penal hay un modelo de sociedad determinado, del cual la pena no puede ni escindir ni explicarse fuera de foco.

En estas páginas se pretende una mirada muy aproximativa, predominantemente criminológica, del siguiente objetivo puntual: la idea de que la fundamentación de la pena en los crímenes del derecho internacional, que prefiero llamar “crímenes de Estado”, no puede ser la misma que en las penas contra los delitos comunes. Lo que lleva a pensar en esta categoría como de naturaleza diversa a la criminalidad predatoria callejera, que domina el espectro de las criminalizaciones al uso y, por ende, en la diversidad de su castigo. Por eso es necesaria una impugnación a la forma de pensar los discursos ortodoxos de los delitos y las penas.

(10) ZAFFARONI, Eugenio R., “Derecho penal humano, el discurso de los juristas y el poder en el siglo XXI”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

(11) GARLAND, D. “Castigo y sociedad moderna”, Ed. Siglo XXI, México, 2004.

Salvo casos ineludibles (Radbruch, Zaffaroni, Asúa, Nino, Naucke) me he concentrado en los discursos criminológicos, que han sido más proclives a mirar estos fenómenos de criminalidad política y a pensar(los) como constitutivos de nuestras sociedades, e inclusive, de nuestras formas de castigo del sistema penal.

II. La criminología menos pensada: los delitos de los poderosos

La criminología como saber práctico, como conjunto de discursos políticos, jurídicos y filosóficos sobre el crimen, su causalidad y sus adyacencias, muy poco ha gastado sus horas en los llamados “crímenes del poder”.

Ciertas corrientes criminológicas críticas hacia mediados de la centuria pasada pensaron al crimen y a la desviación como un tema exclusivamente sociológico que, como cualquier otra conducta social, requería aprendizaje y cercanía. La teoría de la asociación diferencial fue necesaria para poder estudiar formatos diversos de criminalidad, aquellos casos que no están asociados al descrédito social y a las clases bajas de la sociedad: los delitos de cuello blanco.

La criminalidad de los poderosos económicamente comienza a ser visualizada por la criminología. Pero aún no existían atisbos de pensar las categorías de la criminalidad para los actos oficialmente estatales. La estatalidad gozaba de buena salud en cuanto a su aptitud de impunidad. El Estado como ente que reparte etiquetas de desviados a sus súbditos, como adánico nomenclador de las categorías de criminalidad, no podía autoetiquetarse con los mismos motes de censura que repartía a sus enemigos.

Veremos que no es exactamente lo mismo hablar de “crímenes del poder” que “crímenes de los poderosos”, porque no estamos refiriéndonos solamente a una cuestión fenomenológica de criminalidad individual y de sujetos que están en la cúspide del poder económico, o aún político, sino que estamos hablando de estructuras criminales. De algo aún más complejo que la criminalidad colectiva, estamos hablando del propio poder punitivo como institución criminal (12).

(12) Más allá de las experiencias de Núremberg y Tokio como primeros juicios contra este tipo de criminalidad, los juicios de Dachau y Mauthausen fueron mucho

Desde hace una década, dentro de la criminología crítica, es muy común asistir a la denuncia de desinterés epistemológico por parte de los criminólogos de los delitos estatales. Ni aún los pensadores más enfrentados a la criminología punitivista tomaron como objeto de estudio a los delitos del derecho internacional, a aquellos que producen masificación victimal y están amparados por el poder en cualquiera de sus formas.

La conferencia que brinda William Chambliss en 1988, al frente de la Asociación Americana de Criminología, donde por primera vez advierte de esta ausencia de lo que llama “crímenes estatalmente organizados” en las pesquisas criminológicas, fue el desencadenante de una lenta pero inexorable cadena de estudios aislados y asistemáticos (13). Después de Chambliss, vendrá un libro de Gregg Barak (14) (1992) sobre los crímenes de Estado en una sociedad capitalista, y un artículo de Stanley Cohen (15) (1993) sobre el valor del concepto de “derechos humanos” para delinear la tipología de estos crímenes, al mismo tiempo que comienza a pensar la “cultura de la negación” por parte de los perpetradores.

Pero recién en 1999, en un libro dirigido por Freda Adler y Gerhard Mueller, el penalista William Laufer menciona específicamente al genocidio como el gran ausente en las discusiones criminológicas y penales (16). Ese artículo,

más allá en cuanto a problematizar la naturaleza de esos crímenes y el elemento sistémico público como determinante. El hecho de que nadie en Derecho Penal Internacional mencione esos cuestionamientos, o aún más, que narre esos juicios en la zona alemana de ocupación norteamericana como experiencias históricas concretas, dan la pauta que plantea un nudo gordiano de difícil digestión. Cfr. JARDIM, Tomaz, “The Mauthausen Trial, American Military Justice in Germany”, Harvard University Press, 2012.

(13) CHAMBLISS, William J., “State-Organized Crime - The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address”, en *Criminology*, 1989, vol. 27, nro. 2, p. 183.

(14) BARAK, Gregg, “Crimes by the Capitalist State”, State University of New York Press, Albany, 1992.

(15) COHEN, Stanley, “Human Rights and Crimes of the State: culture of Denial”, en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 26 julio, 1993, p. 97.

(16) LAUFER, William, “The forgotten criminology of genocide”, en ADLER, Freda - LAUFER, William (Eds),

como primera aproximación a un tema que permanecía debajo de la alfombra, tiene una gran potencia teórica, es un texto que va directo a un tipo penal que comienza a dominar el espectro del derecho internacional. Después, ya en el nuevo milenio, algunos otros nombres del mundo anglosajón profundizan esas aproximaciones: Yacoubian, Alex Alvarez, Wayne Morrison, etcétera.

Fue la traducción al español del libro “Estados de negación, ensayos sobre atrocidades y sufrimiento” de Stanley Cohen (2005) y el libro de Wayne Morrison “Criminología, civilización y nuevo orden mundial” (2006), los que traen a nuestra región la problemática del estudio del genocidio como delito estatalmente organizado. Estos autores influyen el texto de Zaffaroni titulado “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?” (2009) (17) con el que al autor es galardonado con el Premio Estocolmo de Criminología 2009, junto a John Hagan, que desde la criminología anglosajona había estudiado el genocidio en Darfur (18).

Comienza de esta forma una operación ya conocida para la criminología latinoamericana: la de la tradición de los procesos de traducción, traslación e importación cultural desde los países centrales. Tal como lo ha descrito Máximo Sozzo, esta fue la práctica de recepción en el contexto del positivismo criminológico de finales del siglo XIX, y también fue utilizada, con matices latinoamericanos de liberación, en la nueva criminología de los años setenta (19). Paradojalmente sucede lo mismo con los primeros textos de la “*State Crime Criminology*” que, proviniendo de

The Criminology of Criminal Law, Transaction, New Jersey, 1999.

(17) ZAFFARONI, Eugenio R., “Crímenes de masa”, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010.

(18) El tema del genocidio aparece en la obra de ZAFFARONI muy tempranamente, específicamente en el citado “En busca de las penas perdidas” (ob. cit.), pero recién en estos textos de 2009 en adelante postula que el genocidio estuvo ausente de las discusiones criminológicas.

(19) Cfr. SOZZO, M., “Traduttore, traditore, traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina”, en SOZZO (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

los países centrales, se importan a un territorio que conoce desde sus orígenes el daño social producido por este tipo de criminalidad.

III. Los crímenes de Estado en perspectiva histórica

Chambliss tuvo la experiencia vital de haber servido en el ejército norteamericano en Corea y, al volver, la de ser influenciado por el magisterio indirecto del propio Edwin Sutherland (20). Cuando da esa famosa conferencia de 1988, advierte de la ausencia de los crímenes de Estado de las preocupaciones criminológicas y propone un nuevo campo de investigaciones y de teorización, el contexto político internacional estaba preparado para esta nueva meta-narrativa de geopolítica: la de los “Estados fallidos” (21).

La guerra fría estaba terminando, y la Secretaría de Estado de los Estados Unidos preparaba una nueva gramática del poder internacional. La bipolaridad daba paso al entronizamiento de Washington y su consenso como los únicos portadores de legitimidad y de poder absoluto. Todos los países que se apartaran de las reglas de ese consenso (que no era tal, sino una interdicción de las soberanías de países libres), caían en listas negras o en calificaciones de enemistad pública internacional. Para estas tareas, fue fundamental el ascenso al poder de los demócratas en el corazón del imperio, y de la utilización ventrilocua de la Organización de Naciones Unidas (22).

(20) William J. Chambliss fue un activista social que al volver de la guerra se establece en Indiana bajo el patronazgo académico de Edwin Sutherland y Albert Cohen, aunque formalmente es discípulo de Donald Cressey.

(21) CHOMSKY, N., “Estados fallidos, el abuso de poder y el ataque a la democracia”, Ed. B, Madrid, 2007.

(22) Los tribunales “ad hoc” internacionales de Naciones Unidas de la ex Yugoslavia y de Ruanda sólo confirman esa situación subalterna de ONU con respecto a la política exterior de los Estados Unidos. Pero, además, y aquí no es el lugar para profundizarlo, muchas de las opciones jurídicas que ponen a andar el desarrollo de este nuevo derecho penal internacional dan cuenta de esa relación de sometimiento. Dice ZOLO, Danilo, ob. cit. p. 96, que “la estructura jerárquica del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas” determina la impunidad de los países centrales. La plusvalía jurídica que se atribu-

Todos los supuestos avances o progresos de la comunidad internacional en el marco de la posguerra fueron puestos al servicio de las necesidades imperiales de un Estados Unidos unipolar. Tanto Chomsky como otros pensadores críticos llamaron a esta etapa la del “imperialismo humanitario”(23); donde los conceptos creados para la protección de las víctimas fueron utilizados para dominar y masacrar, tales como “derechos humanos”, “democracia”, “prevención del genocidio”, “guerra humanitaria”, etc. Esta etapa inaugurada por Clinton y Madeleine Albright tuvo su libro teórico justificacionista, el exitoso *best-seller* de Samantha Power (24). El “nuevo orden mundial” se basa en el hecho de que como Estados Unidos ganó la última guerra mundial —la guerra fría— le corresponde, por lo tanto, la tarea de proyectar el desarrollo del orden internacional (25).

Sin embargo, Chambliss es un crítico radical de las políticas de su país, especialmente, de aquellas ejecutadas en el exterior contra las democracias de países soberanos, que configuran para el autor una de las formas más perfectas de crímenes de Estado. En la ínclita conferencia, utiliza a los Estados Unidos como símbolo del poder criminal de Estado, con datos y estadísticas impactantes acerca de estos persistentes delitos vinculados a la diplomacia y la política.

Chambliss define a los crímenes estatalmente organizados como “actos legalmente criminales cometidos por funcionarios estatales en el desarrollo de sus funciones representando al Estado”, excluyendo a los actos en beneficio privado

yeron las potencias vencedoras del conflicto mundial las vuelve inmunes al proceso de criminalización de la guerra de agresión”. Radhabinod Pal, el crítico juez hindú del Tribunal del Lejano Oriente había dicho que “sólo la guerra perdida es un crimen internacional”, una especie de mágica transustanciación normativa, si la agresión armada tiene éxito, dando lugar a la ocupación militar de los territorios agredidos, produce la subsanación automática del ‘crimen supremo’ cometido por los agresores y torna legítimos sus resultados.

(23) BRICMONT, J., “Imperialismo humanitario”, con Prólogo de CHOMSKY Noam, Ed. El Viejo topo, Madrid, 2005.

(24) POWER, S., “Un problema del infierno, Estados Unidos en la era del genocidio”, Ed. FCE, México, 2004.

(25) Cfr. ZOLO, D., “La justicia de los vencedores, de Núremberg a Bagdad”, Ed. Edhasa, Buenos Aires, 2006.

y a aquellos que no responden a una planificación estatal. Ejemplifica la etiología criminal en estos casos con el delito de piratería entre los siglos XVI y XIX, cuando Francia, Inglaterra y Holanda deciden no ir a una guerra directa contra los reinos de la península ibérica, en su lucha por la acumulación originaria del poder y las riquezas provenientes de las colonias, y en su lugar deciden financiar, promover y organizar la piratería internacional a su favor. Sin dejar de ser el crimen más gravemente penado por las legislaciones nacionales de los “Estados piratas”, estos promueven crímenes estatalmente organizados como modelos de posicionamiento político en Occidente.

Otro de los ejemplos usados, es el delito de contrabando (de opio, de armas, etc.), profusamente utilizado por el ejército norteamericano y sus agencias de inteligencia, para controlar a las poblaciones coloniales del sudeste asiático, y al mismo tiempo conseguir financiación ilegal, a través de complejos mecanismos de lavado de dinero y de financiación del terrorismo de Estado, para cometer crímenes políticos, allí donde el congreso de los Estados Unidos no autorizara esas invasiones o incursiones internacionales (26).

La explicación criminológica que funciona tanto para los estados europeos que promueven la piratería como para las agencias estatales de policía e inteligencia de los Estados Unidos que organizan complejas redes de contrabando y lavado para financiar crímenes políticos, es

(26) Es destacable y sorprendente la cantidad de información concreta y corroborada que la conferencia de Chambliss brinda, aún de crímenes internacionales que varios años después se conocería o confirmaría la participación de agentes norteamericanos: Guatemala, Chile, Nicaragua, Ecuador, Indonesia, etc. Los crímenes denunciados son de categorización política y no jurídica: tortura, asesinatos políticos, golpes de estado, atentados terroristas, vigilancia ilegal, experimentos prohibidos y agentes provocadores. Las agencias involucradas son el propio ejército norteamericano, y las siguientes agencias: CIA, DEA, FBI y NSC. Antes de la conferencia —denuncia de Chambliss—, se había publicado el fundamental “The Lawless State, The crimes of the U.S. Intelligence Agencies” de HALPERIN, Morton - BERMAN, Jerry - BOROSAGE, Robert - MARWICK, Christine, en Ed. Penguin Books, 1976. En español, por todos ver GARCÉS, Joan, “Soberanos e intervenidos”, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2005.

la contradicción insalvable entre la legislación y los objetivos políticos de actuación. Es decir, por un lado, se prohíben conductas concretas consideradas criminales y, por el otro, se le imponen a los agentes estatales ciertos objetivos de actuación que contradicen la prohibición, y ante ese dilema deben elegir a qué dios servir. La prohibición legal no puede derogarse, por lo que se la debe excepcionar, o construir un sistema subterráneo de criminalidad.

Estados Unidos ha considerado desde sus inicios que se puede legitimar la violencia estatal para proteger sus intereses económicos y comerciales allende la frontera. Obviamente, fundamentado en el supuesto “excepcionalismo” norteamericano y en su compleja mirada antropológica del resto del mundo.

La propuesta de trabajo criminológico sobre estos crímenes está asociada a la recolección y análisis de datos históricos que den cuenta de la comisión y de la genealogía de estos hechos, pero también que sirvan para identificar en qué tipo de regímenes políticos hay mayor tendencia al crimen de Estado, o en qué tipo de instituciones o agencias gubernamentales se dan con mayor frecuencia. Aquellas que tienen menor escrutinio público y que permanecen en la opacidad del poder son las más proclives a ser criminales.

La postura de Chambliss es muy importante, no sólo por ser la primigenia, o la más crítica del poder imperial de su país, sino por establecer un correlato esencial entre criminalidad estatal y proceso legisferante. Sin embargo, no analiza los delitos del derecho internacional, sino que sólo se queda en el análisis de los delitos políticos y políticamente motivados de los Estados centrales.

Tampoco el artículo de Stanley Cohen de 1993 los menciona. El gran criminólogo crítico sudafricano recoge su propia experiencia del apartheid, y la de haber sido profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, para referirse a los crímenes de Estado de su país y de Israel. Pero analizándolos desde una nueva óptica, la de los “derechos humanos” (27), a los que consi-

dera “la última meta-narrativa que nos queda”. Dice Cohen: “Haber vivido todos estos años en Israel, y haber presenciado las violaciones masivas de derechos humanos de los palestinos en los territorios ocupados por Israel, hizo que mis preocupaciones académicas se transformaran en un trabajo más militante en las organizaciones de derechos humanos” (28).

Cohen afirma que la criminología debería tener en cuenta a los crímenes de Estado, pero teniendo como referencia genérica a las “violaciones de derechos humanos”. Es decir, que además de no ingresar a debatir las tipologías penales, deja todo en un marco subjetivista y psicológico, que profundizará en su libro “Estados de negación”.

En ese libro estudia las complejas operaciones psicológicas que los perpetradores y la sociedad toda acometen para negar esos crímenes, y por primera vez usa, lo que Zaffaroni también vindicará como fundamental: la utilización de las “técnicas de neutralización de valores” de David Matza y Greham Sykes. Estas técnicas fueron sistematizadas para la criminalidad juvenil y ahora se pretenden analogar para los criminales estatales, cuando neutralizan los valores dominantes en el momento de cometer esos crímenes, negando alguno de los factores de la ecuación: al crimen, al daño, a la víctima o apelando a lealtades superiores.

La minuciosa e interesantísima obra “Historia de la criminalidad (Ensayo de una criminología histórica)” (29) (1949) de Gustav Radbruch y Heinrich Gwinner hace un recorrido acerca de las diversas versiones del crimen y el castigo a lo largo de la historia, “no como se han tipificado en las figuras de los códigos penales, sino

analítico como de fundamento filosófico. Bobbio extendía esas críticas a todo el entramado de derechos difusos creados por los “Bill of Rights” occidentales, siempre revisables, imprecisos y ambiguos. Ver BOBBIO, N., “El tiempo de los derechos”, Ed. Sistema, Madrid, 1991; IGNATIEFF, M., “Los derechos humanos como política e idolatría”, Ed. Paidós, Madrid, 2003.

(28) COHEN, ob. cit.

(29) Fue la obra póstuma de Radbruch y está influenciada por su giro iusnaturalista posterior a la caída del nazismo. Hay traducción al español de Arturo Majada, en Bosch, Barcelona, 1955.

(27) Sostiene Michael Ignatieff que la doctrina de los derechos humanos no dispone de una base epistemológica y deontológica sólida, siguiendo las señeras críticas de Norberto Bobbio que sostenía que carecía de rigor

más bien tal como se han presentado en la realidad de la vida social". Allí analizan los autores a la Guerra de los Treinta Años como un crimen en sí mismo, además de ser la criminogénesis de la feroz delincuencia rural de la época. No se tiene en cuenta, sin embargo, que la finalización de ese conflicto produjo el primer juicio penal contra un criminal de estado de la historia, y paradójicamente la creación del concepto moderno de soberanía y de inmunidad de los jefes de Estado a través del Tratado de Westfalia.

En 1649 es juzgado por crímenes cometidos durante la guerra Carlos I Estuardo de Inglaterra, tres meses después de que Westfalia hubiera refrendado su inmunidad (30). Como jefe de Estado, además de monarca absoluto por derecho divino, fue el primer y único caso en la historia hasta Nuremberg, ya que el Kaiser Guillermo II y los genocidas turcos no pudieron ser juzgados a pesar de Versalles (31).

En ese juicio cuyo tribunal presidía Cromwell, el monarca depuesto había impugnado la jurisdicción y la capacidad de juzgamiento de sus súbditos, y había logrado victimizarse y presentar a ese juicio como un tribunal político de vencedores, y obtener al pie del cadalso una cierta estima popular. Jiménez de Asúa, en su ferviente impugnación a la justicia norimbergiana, dejaría sentado como principio de correcto juzgamiento, que jamás el vencedor puede ser buen magistrado. Todos los demás criminales de Estado que estuvieron sometidos a un juicio o a pedidos de detención, usaron los mismos argumentos para negar jurisdicción sobre sus fechorías (32).

(30) "Fueron necesarios el juicio y la ejecución de Carlos I para refrendar los derechos políticos ganados por el Parlamento en las guerras civiles", ROBERTSON, Geofrey, "Crímenes contra la humanidad, la lucha por una justicia global", Ed. Siglo XXI, Madrid, 2007, p. 7.

(31) El art. 227 del Tratado de Versalles de 1919 preveía la persecución penal contra Guillermo II "por haber cometido una ofensa suprema en contra de la moralidad internacional y la santidad de los tratados", pero la reina Guillermina de los Países Bajos se rehusó a extraditarlo. Cfr. DE BENITO, E., "El proceso de Guillermo II ante el derecho penal", Madrid, Suárez, 1919.

(32) El caso histórico del juicio a Carlos I no termina bien como fábula de la justicia internacional, ya que después de su ejecución, su hijo regresa a Londres con un ejército y ejecuta sin juicio previo a todos los jueces

IV. La sombra de Núremberg y el derecho penal internacional

Sin ánimo de exhaustividad y concentrándonos en la forma histórica que tomaron los juicios por crímenes de Estado, la criminología brinda tanto respuestas como nuevas preguntas frente al desarrollo de la punitividad internacional (33).

La criminalidad estatal estuvo siempre vinculada a la problemática de su posibilidad de castigo, como si el obstáculo de punición impidiera siquiera pensar el crimen como tal (34). Esto proviene de una asociación estrechamente fundida entre crimen y castigo, entre delito y pena, que hace imposible pensar al juicio sin el correlato punitivo. Y todas las formas alternativas de elaboración jurídica del pasado, son catalogadas como extrañas al orden jurídico (por ejemplo, los Tribunales de Opinión, los juicios por la verdad, las comisiones de la verdad, etc.).

Muchos autores de la criminología de los crímenes de Estado pensaron a los grandes crímenes históricos en los que las circunstancias de impunidad o castigo se volvieron emblemáticas.

Por ejemplo, el debate que suscita Fray Bartolomé de las Casas, el fraile dominico que en 1552 publica la "Brevisima relación de la destrucción de las Indias", y denuncia la deshumanización de la que fueron objeto los pueblos americanos por parte del poder imperial (35).

(ahorcados, destripados y descuartizados) que condenaron a su padre, como consecuencia de la mentada locuacidad y simpatía póstuma del ejecutado. Dicen que los revolucionarios franceses cuando sometieron a juicio a Luis XVI en 1792 se aseguraron de que no se convirtiera en mártir, y ordenaron que los tambores del ejército ahogaran sus palabras desde la guillotina. Los británicos cuando derrotan a Napoleón no lo ejecutan, lo exilian en Santa Elena. Cfr. ROBERTSON, G., ob. cit. p. 8.

(33) BAILONE, M., "Genocidio, jurisdicción universal y criminología cautelar", en RDPyC, junio de 2016, Ed. La Ley, Buenos Aires, año VI, nro. 5, p. 63.

(34) Jiménez de Asúa mencionaba los "insuperables obstáculos para ejecutar las sentencias". JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ob. cit.

(35) La tradición humanista inaugurada por el Obispo de Chiapas y Protector de los Indios fue denostada por la restauración borbónica y por quienes denunciaron la

De las Casas, así como su inmediato antecesor, el también dominico Antonio de Montesinos, desde el temprano año de 1511 expusieron la crueldad del partido colonial esclavista, que a través de las “encomiendas” y los latifundios constituyeron la “raíz de la tiranía”. Tanto ellos, como Vitoria, y la disputa de Valladolid, configuraron la primera teorización universal de los derechos —mucho antes que las declaraciones burguesas individualistas del siglo XVIII—, teniendo como eje geocéntrico uno de los parajes más marginales del poder planetario: el Nuevo Mundo.

Sin embargo, la defensa del imperialismo que llevó a cabo Ginés de Sepúlveda tuvo mayor triunfo en la realidad americana, que los éxitos de la doctrina lascasiana —que logró declamaciones y normas impotentes del poder terrenal y espiritual—, porque los funcionarios virreinales estaban en connivencia con un poder más cercano y corrupto, el de los hacendados y los “encomenderos”, mientras que Carlos V y Paulo III estaban demasiado lejos.

Tanto en el siglo lascasiano como en los siguientes, las denuncias humanistas están fundadas en que el poder del discurso no tiene ninguna potestad sobre la práctica, y lo que prima es la impunidad y el no reconocimiento de las víctimas. Es Joan Garcés, asesor político de Salvador Allende en el Chile de la Unidad Popular, y gestor en nuestra era del principio de jurisdicción universal, quien dijo sobre las denuncias de Fray Bartolomé de Las Casas:

“leyenda negra,” pero celebrada por los republicanos de la península y los independentistas de las Américas. Porque si bien el texto lascasiano fue usado veinticinco años después de su publicación en Sevilla como un producto propagandístico “hugonote-orangista-anglicano”, en el contexto de la guerra civil de los Países Bajos, en las traducciones al francés y al inglés, fueron los políticos de la primera república española (Emilio Castelar y Francisco Pi y Margall) quienes lo habilitaron como líder político y antecesor en la lucha contra los despotismos. Simón Bolívar y casi toda la generación de los padres de la independencia nuestroamericana también tomaron al dominico como fuente de inspiración. Así como todos los movimientos indigenistas y las teologías cristianas de la liberación del siglo pasado. Mientras que lo más fascistoide de la cultura carpetovetónica, el franquismo de la posguerra, con Ramón Menéndez Pidal a la cabeza, emprendió contra la figura de Fray Bartolomé de las Casas una de las más encarnizadas defenestraciones históricas.

“Otra habría podido ser la evolución de los pueblos americanos si crímenes de la magnitud de los denunciados por Las Casas hubieran tenido tribunales de justicia que los enjuiciaran y sancionaran de manera efectiva. Su impunidad ha facilitado la consolidación de estructuras económicas y políticas basadas en la explotación social, cultural y política de la inmensa mayoría de la población por las sucesivas oligarquías que han perpetuado su hegemonía recurriendo a crímenes de lesa humanidad cuantas veces han considerado que aquélla era cuestionada, pues siempre quedaban impunes. Así ocurrió en Chile después de que el Parlamento aprobara en 1966 la ley de Reforma Agraria y de que su aplicación en los cinco años siguientes pusiera fin al régimen de latifundio: este fue uno de los motivos de la alborotada oligarquía chilena para pedir al gobierno de los EEUU de Richard Nixon amotinar contra las instituciones democráticas de la República de Chile a las tropas que, a partir del 11 de septiembre de 1973, destruyeron al grupo nacional partidario de la forma representativa de gobierno mediante torturas masivas y generalizadas (en ‘parrillas’ eléctricas, ahora), desapariciones forzadas y asesinatos”(36).

La larga sombra de Núremberg (37) se proyecta aún a su pasado, al fallido intento de judicialización que propone el Tratado de Versalles en 1919, que imponía el castigo penal como forma de responsabilización de los dirigentes estatales, poniendo al crimen de agresión como delito principal. Fue Karl Binding el que inaugura una profusa literatura de los penalistas más conservadores contra los intentos de justicia internacional. El autor de “Die Normen” había calificado de “monstruosidad jurídica” la posibilidad de castigo por delitos de Estado, y de absolutamente nulas a las cláusulas penales de Versalles.

Carl Schmitt, que participa dos veces de los procesos de Núremberg, una vez como testigo de cargo y en la otra como imputado (38), y que

(36) GARCÉS, Joan, ob. cit., p. 27.

(37) Por Núremberg nos referimos al proceso “contra las grandes criminales de guerra”, es decir al principal, aunque mencionaremos también el juicio a los juristas.

(38) De la misma manera que Edmund Mezger, que participa como testigo contra el Ministro de Justicia con-

escribe largos informes y aclaraciones impugnando las acusaciones y el propio juicio, en el año 1932 dejó bien claro que “la asunción del compromiso internacional que obligue a penar [crímenes de Estado] importa un signo de debilidad del Estado que lo asume y anuncia su desaparición”(39).

Un año antes de la Carta de Londres, Luis Jiménez de Asúa escribe en la Revista de Derecho Penal de la Universidad de Chile acerca de la “anunciada acción penal internacional” contra “los culpables de la guerra, entendiendo por tales a los fascistas de Italia y a los nazis de Alemania”(40). Allí adelanta las críticas a lo que se vendrá: la Carta de Londres, la ley del Consejo Aliado N° 10 y el Estatuto del Tribunal militar de ocupación de Núremberg. Después publicará estos mismos párrafos en el segundo tomo de su voluminoso y abandonado “Tratado de Derecho penal” de la Ed. Losada (1955) (41).

Asúa desconfía de la pena para estos menesteres, recela de toda construcción jurídica para imponer o mantener la paz. Probablemente, haya una cierta desilusión histórica en el presidente de la comisión de redacción de la Constitución española de la Segunda República de 1931, que incluyó dentro del texto constitucional más avanzado después de Querétaro y antes que Weimar, todas las cláusulas posibles para asegurar la paz y vetar la guerra. Dice Asúa: “los falangistas se mofaron de tan románticos preceptos y proclamaron, verbalmente, la ‘voluntad de Imperio’”.

Las principales críticas al Proceso de Núremberg son sobre su ineficacia como forma de castigo (tanto desde una finalidad retributiva como

preventivo general) y la vulneración de los principios del “derecho penal liberal”. Asúa ve como un contrasentido histórico que, si “la guerra se hace contra el autoritarismo y para restaurar la libertad”, se violenten principios como el de legalidad o de juez natural. Considera negativo el reforzamiento del carácter expiatorio de la pena, pero reclama acciones directas de los pueblos en una especie de vindicación popular (42): “yo no pido clemencia para estos tiranos —dice el español—, pero deseo que se los haga responsables ante los pueblos, no ante los jueces de los gobiernos. Prefiero la ley de Lynch al fusilamiento ordenado por un Tribunal técnico”(43).

Es muy importante la descripción fenomenológica que hace Asúa de la dicotomía de resolución de los pasados de violaciones masivas de derechos fundamentales. O es la justicia la que actúa, violentando principios tradicionales pensados para otros contextos, o son violentados fatalmente los propios perpetradores. La violencia instaurada como constitutiva de las nuevas sociedades que emergen de estos conflictos es quizá la más concreta negación del derecho como instrumento de civilidad.

En este punto coincide con Zaffaroni. El penalista argentino, de acuerdo con el cronograma bio-bibliográfico ya reseñado, y en consonancia con muy importantes votos en su función de juez de la Corte Suprema de Justicia argentina, justifica la punición de crímenes llamados de “lesa humanidad” o “contra la humanidad” en una clara referencia a esa tradición de la posguerra. Coincide con Asúa en la apreciación, pero prefiere la solución exactamente contraria: la del juicio y castigo.

Concentrándonos en el material criminológico, Zaffaroni da un original argumento que responde positivamente a la pregunta acerca de la posibilidad de una eficaz contribución de la pena en contextos de crímenes de masa estatales. Tal como se argumenta en su estudio introductorio a la publicación de las actas judiciales berlinesas

denado en el juicio principal de Nurember y después es llamado —antes de los juicios de desnazificación— como imputado, aunque misteriosamente queda fuera de la acusación. Ver MUÑOZ CONDE, F., “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo”, Ed. Tirant, Valencia, 2003.

(39) SCHMITT, C., “Respuestas en Nuremberg”, Ed. Escolar y mayo, Madrid, 2016.

(40) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Un comentario a la anunciada acción penal internacional”, en *Revista de Ciencias Penales*, Chile, X-XII 1944. Ver también: GLUECK, S., “By what Tribunal shall war offenders be tried?”, en *Harvard Law Review*, vol. 56, 1942-1943.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Tratado de derecho penal”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1955, t. II.

(42) En el Tratado llega a decir que la mentada “solución de Dongo” (los partisanos ejecutando a Mussolini y sus cercanos) fue más honrosa que la de los tribunales de Núremberg y Tokio, que “Italia se salvó de la ignominia de un Núremberg italiano”.

(43) *Ibidem*, p. 1230.

de 1921 del juicio a Tehlirian (44), la selectividad (estructural de todo poner punitivo) y la ineficacia preventiva (general y mucho menos especial) del poder punitivo internacional, sólo deja la vía “civilizatoria” del castigo en esos casos.

Se dice que la impunidad de un crimen de Estado (especialmente de los procesos genocidas) ofende a la humanidad toda, por muchos motivos atendibles, pero quizá centralmente porque esos delitos fueron cometidos por el propio poder punitivo descontrolado (es decir, allí donde el derecho penal no pudo cumplir su función reductora), porque representan la formación de un nuevo modelo de sociedad donde se convive con las ganancias del crimen (la sociedad alterada/intervenida por la visión societaria del perpetrador) y porque le resta “superioridad ética” al Estado para punir los delitos no estatales.

El juicio en Berlín de 1921, donde se absuelve por una ficción jurídica de “inconsciencia” al doloso homicida del genocida turco Talaat Pashá, da cuenta de la imposibilidad de imposición de pena al “vengador” privado que ejecuta al masacrador impune (45). Cuando se absuelve al joven armenio Tehlirian el 03/06/1921, la sala de audiencias de Berlín aplaude al homicida, que es liberado inmediatamente, “cubierto de flores y escoltado por la policía”, mientras que “la prensa en su totalidad saluda al veredicto como un ‘acto de justicia que honra a la nueva Alemania’”(46)(47). Porque el poder de conten-

ción jurídico del derecho penal tuvo que inhabilitar el poder punitivo sobre la víctima de un crimen de estas características ante el hecho de la impunidad que lo ofende, no tenía capacidad ética de punición, como está demostrado en otros ejemplos históricos notables (48).

Zaffaroni dice que “la contención del ejercicio del poder punitivo debe estar apoyada en la fuerza ética que se deriva del reconocimiento pleno de todo ser humano como persona” (antropología básica del poder jurídico), y que el poder jurídico de contención es inversamente proporcional a la magnitud del injusto personal.

Al dejar impunes estos crímenes de Estado, con un altísimo contenido de injusto personal, donde el poder jurídico no puede filtrar esa punitividad menos irracional, no se reconoce al masacrador como “persona” y se lo deja librado a la justicia que quería Asúa (49). La única forma de reconocer una racionalidad del poder de contención, al mismo tiempo que la menor irracionalidad de la pena en esos contextos, es la de que la pena representa un paso de “civili-

un condenado a muerte”, en GARIBIAN, S. (coord.), *La muerte del verdugo. Reflexiones interdisciplinarias sobre el cadáver de los criminales de masa*, Ed. Miño y Dávila, Buenos Aires, 2016.

(48) ARENDT, Hannah en “Eichmann en Jerusalén” (1963), como ya lo había hecho Rafael Lemkin en su obra sobre el genocidio, compara el caso de Tehlirian con el de Samuel Schwartzbard que asesinó el 1926 en París a Simón Petlioura, el político ucraniano responsable de los pogromos antijudíos de 1919. El tribunal francés absuelve a su homicida por los mismos argumentos que el de Berlín de 1921, fundado en la impunidad de la víctima. Arendt recuerda que ambos vengadores insistieron en ser juzgados con el fin de mostrar al mundo y gracias a esta exposición judicial, la impunidad de los crímenes de masa estatales. También el caso de la muerte de Mussolini y sus allegados, en el llamado “camino de Dongo”, y cómo un tribunal de Milán cierra el caso, demuestra esa imposibilidad ética del poder punitivo de castigar al “vengador” en contextos de gravísima y reiterada impunidad. Como recuerda Osvaldo Bayer en la obra citada, en Argentina tuvimos nuestros vengadores, que con el crimen político ejecutaron condenas populares: Simón Radowitzky sobre Falcón, y Wilckens sobre el coronel Varela.

(49) A la manera del homo sacer del antiguo derecho romano, teorizado por AGAMBEN, Giorgio en “Homo sacer, el poder soberano y la nuda vida”, Ed. Pretextos, Valencia, 1998.

(44) AAVV, “Un proceso histórico. Absolución al ejecutor del genocida turco Talaat Pashá”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

(45) El Talaat Pashá había sido condenado a muerte in absentia por el Tribunal de Constantinopla (corte marcial) constituido antes de la Conferencia de Paz de 1919, cuando ya se encontraba exiliado en Alemania. Los aliados habían sugerido la constitución de este tribunal local extraordinario para juzgar a los responsables del genocidio armenio, que fue una pantomima de juicio, sólo para cumplir con el pedido de las potencias vencedoras de la Gran Guerra. Todos los responsables estaban exiliados o protegidos.

(46) Recordemos la alianza alemana en la primera guerra con el Imperio Otomano y la responsabilidad de Alemania en el genocidio armenio. De hecho, además de recordar y alentar el olvido sobre tal crimen como forma de cometer nuevos, Hitler repatría los restos del Talaat Pashá a Turquía para ser venerado como un “héroe de la patria” turca.

(47) GARIBIAN, Sevane, “Ordenado por el cadáver de mi madre. Talaat Pashá, o el asesinato vengador de

zación”, un momento de la comunidad alterada por esos crímenes, que busca elaborar jurídicamente su pasado, dándole al perpetrador un respeto antropológico, y condenándolo. De tal forma, se inhabilita la “masacre del masacrador”, y el poder punitivo se auto-representa en los límites que debe aceptar para el futuro.

Otra de las herencias de los juicios de Núremberg está dada por extensión de esa tradición a otros fenómenos criminales. Entre los penalistas frankfurtianos, es Wolfgang Naucke quien cree imposible que el poder punitivo pueda eludir el juzgamiento y la pena en los casos de crímenes de Estado, que además justifica que las reglas de juego en ambos casos sean distintas a los del derecho penal común (50). Para Naucke la técnica jurídico penal está destinada a proteger a los desposeídos frente al poder que comete avasallamientos a las libertades individuales, y no pueden oponerse las garantías que son sólo destinadas a los ciudadanos individuales. Aquí se está juzgando el poder estatal.

Naucke retoma valiosamente la tradición de Núremberg: “es evidente que no puede existir ningún Derecho penal contra criminales estatales y poderosos delincuentes económicos si se exige para la condena que los hechos reprochados estén determinados en una ley precisa, discutida y sancionada de forma deliberada y regular. Es una concepción jurídica absurda que dirigentes políticos y económicos que pueden atacar la libertad de muchos individuos hayan colocado bajo pena esos ataques antes de realizarlos”.

Plantea, centralmente, en su obra que aquellas características de juzgamiento y castigo postuladas en la posguerra para el poder estatal son analogables al gran poder económico financiero que destroza el futuro de la humanidad. Toda su potencia teórica y su denuncia política está destinada a esta igualación, no siempre pacífica en la doctrina anglosajona, pero que da surgimiento a un campo de análisis denominado: “State corporate crime”(51).

(50) NAUCKE, W., “El delito económico-político”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

(51) Sobre este tema particular en español se dispone de la antología compilada por RIVERA BEIRAS, Iñaki, “Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social,

V. Conclusiones

Para ir clausurando estas miradas exploratorias, sin menoscabo de la remisión a trabajos anteriores que amplían algunos de estos temas (52), quiero extraer del ingente material las lecciones criminológicas de la criminología de los crímenes de Estado.

Con respecto a cómo en nuestro medio se ha debatido acerca de ciertos criterios jurisprudenciales supremos y a categorías de tribunales regionales, creo que el artículo de Daniel Pastor —y las críticas que generó— fue un gran momento de debate acerca del punitivismo del movimiento de derechos humanos, o de las posibilidades de punir crímenes de Estado (53).

Allí se objetan las normas o prácticas que “aumentan el poder punitivo del Estado”, llamando a este conjunto como “neopunitivismo”, y denunciando lo irracional que resulta que se imponga como obligatoria la persecución penal: obligación de persecución penal suficiente o de tutela penal suficiente.

La Corte Interamericana ha ido precisando el ámbito de lo que es obligatorio punir: desde Bulacio, donde la obligación de persecución penal estaba referida a un caso de criminalidad estatal grave, pero delito común al fin; Barrios Altos, donde eso se precisó a “gravísima violación de los derechos humanos”; hasta Almonacid, donde se trata específicamente de delitos de lesa humanidad en sentido técnico.

Le contestan Agüero y Pérez Barberá: “No es moralmente plausible que debe regir en forma generalizada una obligación de tutela penal, pero sí lo es aceptar que ella debe regir para algún caso (en rigor: para un único caso)”. Esto sería cuando “el autor, al momento del hecho, es, en términos absolutos, lo menos vulnerable que se puede pensar y, en términos rela-

Debates en criminología crítica y Sociología jurídico-penal”, Ed. Anthopos, Barcelona, 2014.

(52) BAILONE, M., ob. cit.

(53) Cf. PASTOR, D., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en Nueva Doctrina Penal, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005/A, p. 73.

tivos, claramente menos vulnerable que la víctima”(54). Aplicación concreta de la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad para la imposición de pena (habilitación de poder punitivo menos irracional) en los casos de crímenes de Estado.

Toda la criminología de los crímenes de Estado, con la experiencia histórica reseñada, toma en cuenta que estos crímenes son de diversa naturaleza que aquellos que dominan el espectro de lo punible ordinariamente. El carácter estatal, y no su supuesta atrocidad o masividad, es el único elemento fácilmente objetivable. Que el perpetrador de la acción sea, además de realizarse en forma sistemática y planificada, el actor estatal, el aparato punitivo del poder estatal. Dice Feierstein que ese es el hecho “que puede legitimar de modo coherente la creación de una jurisdicción universal que pueda primar sobre el principio de soberanía y la anulación o transformación de una serie de garantías penales fundamentales, como los principios de territorialidad, prescripción y amnistía”(55).

María Laura Böhm distingue entre dos tipos de poderes punitivos, el sumiso y el rebelde. Llama “sumiso” al que es obediente a los mandatos del Estado de policía, es decir, el poder punitivo de todos los días. Mientras que “rebelde” sería una punitividad “a favor de los derechos individuales y fundamentales”(56). Y indica como fines de la pena del sistema punitivo rebelde los de visibilización, dignificación y restauración. “Si la sanción penal está cargada de simbolismo en el orden sumiso, mucho más simbolismo puede adquirir en el ámbito del sistema punitivo rebelde”, dice Böhm, y es esta función simbólica del derecho la que tiene gran

potencia creadora para reparar los daños de estos crímenes (57).

Las formas históricas que tomó ese “poder punitivo rebelde” nos dan cuenta de que hablamos realmente una potencia punitiva diversa. Eso también surge de la criminología de los crímenes de Estado. La originalidad con que los colectivos de víctimas han encontrado una salida por arriba del laberinto, cada vez que el sistema penal impidió que se conocieran y juzgaran estos casos: juicios por la verdad, comisiones de la memoria o verdad, castigos reparatorios comunitarios, etc. (58). Los tribunales de opinión largamente conocidos en la posguerra, al calor del movimiento Russell, y después con el Tribunal Permanente de los Pueblos, son ejemplo de la dignificación ciudadana y humanitaria que tiene este “poder punitivo rebelde”.

Quedará aquí sin mencionar, pero remito al gran magisterio de Daniel Feierstein, la importancia, nunca bien señalada por juristas, del juicio por sobre la pena. El segundo tomo de su trilogía “Sobre la elaboración del genocidio”(59) está construido sobre la premisa de volver a darle entidad simbólica y restaurativa al juicio penal, como forma en sí misma reparatoria de los daños de los crímenes de Estado. Tema no todavía tratado en los países centrales, y que es un aporte de los países del sur global, por su triste experiencia histórica y la premisa de Simón Rodríguez que tanto nos marca como continente: o inventamos o erramos. ◆

(57) Bourdieu dice que una de las principales características del campo legal es que sus actores luchan por imponer una representación oficial del mundo social que los favorezca. Cfr. BOURDIEU, P., “Poder, Derecho y Clases Sociales”, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

(58) Es interesante el debate que también plantea aquí Daniel Pastor en el más reciente: PASTOR - MACULAN, “El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

(59) FEIERSTEIN, D., ob. cit. También del mismo “Memorias y representaciones, sobre la elaboración del genocidio I”, Ed. FCE, Buenos Aires, 2014; “El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina”, Ed. FCE, Buenos Aires, 2007.

(54) - PÉREZ BARBERÁ, G. - AGÜERO, A, ob. cit.

(55) FEIERSTEIN, D., “Juicios, sobre la elaboración del genocidio, II”, Ed. FCE, Buenos Aires, 2015.

(56) BÖHM, M. L., “Los crímenes de Estado, la complicidad civil y el sistema punitivo”, en En Letra, Derecho penal, 2015, año 1, nro. 1.