

*Revista Crítica Penal y Poder*

2013, nº 5, Número especial. Redefiniendo la cuestión criminal:  
crímenes de Estado, atrocidades masivas y daño social.

Septiembre (pp. )

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



## **ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LAS MODALIDADES DE JUZGAMIENTO DE LOS CRÍMENES ESTATALES MASIVOS**

*SOME QUESTIONS ABOUT THE MODALITIES OF CRIMINAL PROSECUTION  
OF MASSIVE STATE CRIMES*

**Dr. Daniel Feierstein**

Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, Argentina  
Presidente de la *International Association of Genocide Scholars* (IAGS)

### **RESUMEN**

*El artículo propone un análisis criminológico de las categorías jurídicas creadas para lidiar con los crímenes estatales masivos (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio), señalando las potencialidades, límites y desafíos de cada una de ellas, al tratarse de figuras que buscan por primera vez aplicar la capacidad de juzgar sobre el propio poder punitivo, lo cual genera ciertas paradojas. Se destaca la problematicidad de la figura de crímenes contra la humanidad como un posible "tipo abierto" y su utilización como ariete para vulnerar los ordenamientos jurídicos y derechos soberanos de las naciones en desarrollo. Se señala la necesidad de una mejor codificación del concepto de genocidio que, garantizando la inclusión de todos los grupos y la igualdad ante la ley, podría resultar una figura más sólida y menos peligrosa que la de crímenes contra la humanidad. Asimismo, el texto propone repensar los modos procesales en el juzgamiento de crímenes estatales masivos, con el fin de enfrentar con eficiencia aquellos delitos que son organizados por el propio poder punitivo, en condiciones de clandestinidad, y donde la propia lógica de la prueba del delito es puesta en cuestión.*

**Palabras clave:** *Genocidio, Criminología, Derecho Procesal Penal, Juzgamiento Crímenes de Estado, Derecho Penal Internacional.*

### **ABSTRACT**

*The article proposes a criminological analysis of the legal concepts developed to deal with State mass atrocities (war crimes, crimes against humanity, genocide). It points out the challenges of each concept, particularly because it is the first intent to judge the own State structure of punishment, which produces certain paradoxes. The article points out some problems in the concept of crimes against humanity as a possible "open codification" and its use as a kind of battering ram to break the legal order and sovereignty of developing countries. The article also stress the need for a better codification of the concept of genocide, including all the possible groups and guaranteeing the*

*equality of all groups before the Law. In that way, genocide could be a stronger legal concept, less dangerous for the legal order, than confuse and open category of "crimes against humanity". Lastly, the article proposes a new thinking on the Criminal Procedural Law in the case of State crimes on a massive scale to deal with more efficiency when this crimes are organized by the State, in a clandestine way, and when the own logic of the criminal evidence is challenged.*

**Key words:** *Genocide, Criminology, Criminal Procedural Law, Prosecution of State Crimes, International Criminal Law.*

## 1. Introducción

Lo que distintos autores han tendido a calificar como "crímenes de masa" (delitos que agrupan, en su formulación jurídica, a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio) introducen una serie de problemas muy particulares al momento de analizar el ejercicio del derecho penal, en tanto remiten (cuanto menos en su formulación inicial, más allá de su distorsión en el siglo XXI) a los delitos cometidos por el propio poder punitivo estatal.

Ello introduce una modificación no menor a las lógicas doctrinarias del derecho penal. Distintos autores han destacado<sup>1</sup> que, desde su formulación liberal, el derecho penal ha tenido la función de contener al Estado policial que se encuentra inscripto como realidad al interior de todo Estado. Sin embargo, en el caso de los crímenes de masa nos encontramos con un fenómeno muy peculiar: la posibilidad de que el poder de juzgar se ejerza frente a las acciones cometidas por el propio poder punitivo y a una escala masiva. El objeto del poder punitivo en este caso se transforma cualitativamente, al ejercer su poder por primera vez sobre sí mismo, sobre sus desbordes e incluso sobre su paroxismo.

Es por ello que estos tipos de delito tendieron a ser invisibilizados por el derecho penal y la criminología hasta finales de la segunda guerra mundial y por lo que, aún hoy, continúan resultando crímenes que quedan mayormente impunes. En las contadas situaciones en que comienzan a ser juzgados, no se cobra conciencia de su peculiaridad y de la necesidad de reevaluar los procedimientos del derecho penal a su respecto, como podemos evaluar de un somero análisis de las experiencias de tribunales nacionales o internacionales que se propusieron su abordaje.

Por otra parte, cabe observar que la lucha social que permitió la posibilidad de punición de los crímenes de masa (de Nüremberg en adelante) no estuvo exenta de direccionalidades políticas legitimantes del propio poder hegemónico, de un punitivismo selectivo en clave internacional o de ambas. Dos ejemplos de dicha complementariedad son los juicios de la segunda posguerra (donde sólo se juzgaron los delitos cometidos por las potencias derrotadas, pero ninguno de los crímenes cometidos por los vencedores) o la utilización del discurso de los DDHH como estrategia de legitimación de la intervención neo-colonial, cuyo caso más emblemático ha sido el bombardeo de Libia y el derrocamiento del gobierno de Muammar al-Gaddafi, bajo los auspicios de la lucha por *prevenir* la comisión de crímenes de masa y el ejercicio de la consiguiente "responsabilidad de proteger" a la población civil libia (que quedó, sin embargo, desprotegida ante los bombardeos de la OTAN o las represalias igualmente sanguinarias de los fragmentados grupos de la oposición libia).

---

<sup>1</sup> Véase, en especial, la línea de autores que han retomado la línea de análisis sostenida al respecto en la clásica obra de Zaffaroni *et al* ( [2000] 2002).

Vivimos actualmente amenazas similares con respecto a las situaciones en Siria o Irán, sólo por mencionar los casos más inminentes.

## **2. El surgimiento de los conceptos de genocidio y crímenes contra la humanidad**

La experiencia del nazismo constituyó un momento paradigmático de la capacidad de destrucción humana. De una parte, la posibilidad de aplicación de las lógicas aniquiladoras del racismo (que habían sido utilizadas ampliamente durante todo el siglo XIX en los territorios colonizados) al propio corazón de la Europa moderna. En segundo término, la utilización del terror sistemático como modalidad de reorganización de las relaciones sociales a escala nacional (en Alemania) y luego continental (en toda la Europa ocupada), esto es, en el propio interior de las sociedades que implementaban el terror y no en sus periferias.

Fue justamente a partir de dicho carácter paradigmático y del conflicto moral que generó en el pensamiento liberal, que el derecho internacional surge como aquel espacio donde dar expresión a lo que aparecía como "inexpresable", como un ámbito en donde conceptualizar aquellas acciones que no se podía aceptar que fueran amparadas por las garantías clásicas del derecho penal (el principio de prescripción, el de territorialidad, el de irretroactividad, el de amnistiabilidad, entre otros), a raíz de su gravedad extrema en cuanto desafío al propio carácter humano de nuestra especie.<sup>2</sup>

Es así que en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, y luego en los instrumentos internacionales que se derivarían del mismo, surgen las tres figuras legales que intentan dar cuenta de la peculiaridad de los hechos del nazismo: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, de donde surgiría luego el concepto de genocidio. Se trataba de una "petición de principio" ético-política, según la cual se sostiene que la impunidad de estos delitos destruiría tanto el edificio de las relaciones sociales de consenso y cooperación como el propio ordenamiento legal y que su valor es superior al del cumplimiento de la normativa penal.<sup>3</sup> El objetivo de este trabajo no es cuestionar esta "petición de principio" ni aceptar cualquier consecuencia que se derive de la misma. Por el contrario, se propone partir de la aceptación de su importancia para, sin embargo, analizar las consecuencias de cada una de las posibles figuras jurídicas utilizadas para alcanzar dicho juzgamiento, las condiciones en las que se llega al mismo, los tipos de excepciones que resulta necesario implementar, así como las consecuencias que se desprenden de cada una de ellas para la continuidad de la vida social y jurídica. Esto es: que la "petición de principio" en función del desvalor de la impunidad de los crímenes de masa debiera lograr realizarse sin violar la normativa jurídico-penal y, en caso de imposibilidad, buscando que dicha violación sea explícita y del menor grado posible.

### **2.1. La codificación jurídica de los crímenes de masa**

Los juicios al nazismo utilizaron fundamentalmente dos figuras penales durante su desarrollo: crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Sin embargo, dieron lugar al surgimiento de una tercera figura legal (genocidio) que, aunque no utilizada por los tribunales (ni los de Nüremberg, ni los posteriores de Dachau o Mauthausen o los desarrollados en cortes alemanas) dio nacimiento a uno de los primeros instrumentos de las recién creadas Naciones Unidas: la Convención para la

---

<sup>2</sup> Para el surgimiento y características de los crímenes de lesa humanidad, véase Ferreira ([1990] 2005, pp. XV-1 - XV-52).

<sup>3</sup> Para un desarrollo de esta "petición de principio" y un posible análisis del desvalor de la impunidad de los crímenes de masa como más grave que la vulneración de algunas garantías del derecho penal, véase (Nino, 1997).

Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobada el 9 de diciembre de 1948. Repasemos un poco las tres figuras:

a) *Crímenes de guerra*: la figura de crímenes de guerra era pre-existente a los hechos, ya que había sido codificada en vinculación con conflictos armados previos en las Convenciones de Ginebra y La Haya, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

En el Tribunal de Nüremberg fueron definidos como "*violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.*"

Dada su pre-existencia, esta figura no trajo mayores problemas a nivel de la tipificación de los hechos y fue la elegida para los juzgamientos en Dachau y Mauthausen. Sin embargo, no lograba dar cuenta de los delitos cometidos por el poder punitivo contra su propia población, eje de las prácticas sociales genocidas.

b) *Crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad*: La figura de crímenes de lesa humanidad aparece por primera vez formulada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, como la herramienta para facilitar el juzgamiento de los criminales nazis. Ante la limitación al conflicto armado que implicaba la figura de crímenes de guerra y la necesidad de juzgar los hechos cometidos por el nazismo más allá del escenario bélico, se buscó codificar una serie distinta (y casi innumerable) de acciones, en un modo de legitimar la procedencia de un tribunal extranjero integrado por las potencias vencedoras. A su vez, se aceptó vulnerar el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que esta figura fue aplicada a hechos ocurridos con anterioridad a su creación.

A los efectos del funcionamiento del Tribunal de Nüremberg, la figura de *crímenes contra la humanidad* fue definida como:

"El asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron."

Se superponían aquí dos tipificaciones distintas: las acciones indiscriminadas cometidas contra población civil tanto antes de la guerra como durante la misma (lo cual será la base fáctica fundamental de la definición de crímenes de lesa humanidad) con la persecución discriminada de determinados grupos (lo cual sería luego la base para la definición de genocidio en la declaración de las Naciones Unidas).

Es decir que en su primera definición ya aparecía el problema de la inclusión en un solo tipo penal de dos tipos de prácticas sociales claramente diferenciadas: acciones indiscriminadas contra población civil y persecución discriminatoria contra grupos, ambas acciones mediadas por el conector "o", impreciso y ambiguo para una tipificación penal. Pero, más aún, a dicho problema se suma la deficiente redacción de las acciones del primer tipo (las indiscriminadas), al incluir la expresión "otros actos inhumanos", imposible de restringir típicamente y que deja a criterio del juez la

inclusión de cualquier acción que considere "inhumana", transformando a dicha figura legal en un "tipo abierto", totalmente sensible a manipulación por el poder de turno.<sup>4</sup>

Obviamente que esta deficiente redacción se vincula a la necesidad de esta "justicia de los vencedores", que creó un tipo penal nuevo que permitiera condenar a los criminales nazis con extrema facilidad (lo cual, de hecho, fue el resultado del primer juicio de Nüremberg) poniendo la "petición de principio" de la necesidad de castigo por encima de cualquier normativa legal pre-existente, como el principio de irretroactividad penal.

Las discusiones para la inclusión de esta figura en el Estatuto de Roma no mejoraron la figura sino que, por el contrario, maximizaron sus problemas. La redacción del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional sostiene:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- A) Asesinato;
- B) Exterminio;
- C) Esclavitud;
- D) Deportación o traslado forzoso de población;
- E) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- F) Tortura;
- G) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- H) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- I) Desaparición forzada de personas;
- J) El crimen de apartheid;
- K) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

El inciso H se superpone con el delito de genocidio (que configura también un tipo propio en el Estatuto de Roma, bajo el artículo 6), siendo que la diferencia es que allí donde el delito de genocidio es restrictivo, el delito de lesa humanidad sería incluyente.

Podría argüirse que la "persecución" da cuenta de mayor número de conductas que los cinco tipos de intención de destrucción descriptos en la categoría de genocidio, pero en todo caso dicha interpretación abriría aún más la ya suficientemente amplia "bolsa" de las conductas que constituirían "crímenes de lesa humanidad". La superposición de ambos tipos - crímenes de lesa humanidad, inciso h, y genocidio - genera un desorden definicional en el cuerpo de los crímenes de masa, en tanto la persecución de cuatro grupos de población (étnicos, nacionales, raciales o religiosos) constituirían simultáneamente dos delitos (genocidio y crímenes de lesa humanidad) mientras que la persecución de otros grupos sólo serían pasibles de ser calificados como delitos de lesa humanidad, violando el principio de igualdad ante la ley, calificando la persecución de algunos grupos de población como más grave que la persecución de otros y superponiendo dos delitos de redacción harto similar para el caso de la persecución de cuatro de dichos grupos (siendo además que

---

<sup>4</sup> Vale señalar que, aunque fuera, en el caso del Tribunal de Nüremberg la figura se vinculaba a que dichos crímenes se hubieran cometido "en ejecución o conexión con otro crimen de este Tribunal", lo cual intentaba cerrar (aunque no de un modo preciso) la figura. Cuando la misma se independiza de su contexto en Nüremberg, la única limitación es que se trate de un "ataque generalizado y sistemático contra la población civil", otra afirmación bastante difícil de objetivar.

uno de ellos no existe como entidad real: el grupo racial; y que otro contempla en verdad en su interior a todos los otros grupos: el grupo nacional).

Por otra parte, el inciso K ratifica la vieja expresión subjetiva de la definición del Estatuto de Núremberg ("otros actos inhumanos"), agregando una explicitación que en nada transforma la posibilidad de convertir a esta figura en un tipo abierto sino que, por el contrario, la refuerza.

No se registran proyectos de inclusión de esta figura en códigos penales nacionales que hayan buscado limitar esta apertura indiscriminada de los delitos de lesa humanidad sino que, por el contrario y coherente con un fenómeno general de inflación de los ámbitos de ejercicio del poder punitivo nacional e internacional, la figura del Estatuto de Roma fue reproducida en los códigos penales nacionales y, en algunos casos, incluso se fueron agregando más y más conductas a la innumerable codificación de incisos de esta figura penal, aplicándola a más y más prácticas sociales, al punto de transformar una porción importante de cualquier código penal en una enumeración de todos los incisos de los "crímenes de lesa humanidad" y eliminando para todos esos delitos importantes garantías penales como los principios de prescripción y territorialidad, entre otros.

Las intervenciones militares en Kosovo, Irak o Libia han ilustrado en este nuevo siglo los enormes riesgos de este "tipo abierto" y su manipulación (junto a la nueva figura de "terrorismo") para legitimar las acciones del poder punitivo internacional o local. Por otra parte, al no haberse explicitado el carácter estatal de estas acciones en la propia definición típica, ello permitió que numerosos actores (incluso el otrora fiscal de la Corte Penal Internacional) la hayan considerado aplicable a acciones de organizaciones no estatales, siendo entonces que la propia diferencia cualitativa de figuras que buscaban la persecución del poder punitivo estatal se transformaron en un modo de violar las garantías penales desde el propio poder punitivo, sea este estatal o internacional.

c) *Genocidio*: La figura de genocidio aparece por primera vez en las fundamentaciones del juicio de Núremberg y había sido creada como neologismo por el jurista judeo-polaco Raphael Lemkin, quien sostenía que: *"Las nuevas concepciones requieren nuevos términos. Por "genocidio" nos referimos a la destrucción de una nación o de un grupo étnico"*, agregando que *"El genocidio tiene dos fases: una, la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición de la identidad nacional del opresor."*<sup>5</sup>

Esto es, la peculiaridad de la figura de genocidio radica en que se propone la destrucción de un grupo (y no sólo de los individuos que conforman dicho grupo), cuyo objetivo último radica en la destrucción de la identidad de los oprimidos logrando imponerles la identidad del opresor. De aquí, el carácter crítico y subversor de este nuevo concepto que, aplicado según la propia formulación de Lemkin, da cuenta en realidad del funcionamiento de los sistemas de poder en la modernidad, a través de la constitución de "Estados nacionales", cuyo objetivo radica en destruir aquellas identidades previas e imponer una nueva identidad que implica la "identidad nacional del opresor", cuanto menos del "opresor" de aquellos grupos que quedan subordinados, relegados o directamente aniquilados en la constitución de dicho Estado.

Es precisamente este carácter subversor del término "genocidio" el que intentará ser licuado en las sucesivas discusiones en las Naciones Unidas con respecto a la sanción de una Convención sobre Genocidio, la cual sólo es aprobada luego de dos años de intensos desacuerdos y conflictos, y durante los cuales se logra excluir a algunos grupos (en particular, los grupos políticos) de la

---

<sup>5</sup> Lemkin ([1944] 2009).

definición de genocidio y, sobre todo, encuadrar dicha definición en una formulación que logra desplazar la explicación del genocidio al ámbito de la irracionalidad (la remisión a un racismo que se observa precisamente como “despolitizado”, como desvinculado de la lógica de constitución de la opresión estatal que aparecía como central en la definición de Lemkin).

Como corolario de esta exclusión, los asesinatos políticos pasan a ser incluidos bajo la figura de crímenes de lesa humanidad (ahora diferenciada de la de genocidio), un modo de comprensión que centraba la acción en una persecución contra individuos (comprendidos como parte de la “población civil” *indiscriminada*) y en la cual el criterio de “grupo” queda excluido. Es decir, la diversidad esgrimida por estas figuras con respecto a la nueva “tolerancia” del valor de la existencia de grupos es una diversidad de identidades étnicas y religiosas que NO incluye la misma valoración positiva frente a identidades políticas, sociales, sexuales, de género, entre otras.

La figura de genocidio fue definida en el artículo 6 del Estatuto como *“cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”*

Pese a la exclusión de los grupos políticos de la figura de genocidio, cuya ilegitimidad fuera tratada en diversos trabajos<sup>6</sup>, y al intento de clausurar la condena de la destrucción de grupos políticos como tales al remitirlos a asesinatos individuales comprendidos como “crímenes de lesa humanidad”, aún quedaba una ventana de posibilidad sumamente interesante por la cual los modos sistemáticos de destrucción de la identidad que preocuparon a Lemkin y llevaron a reflexionar sobre estos hechos pudieran aparecer en la interpretación del análisis de estos crímenes: la destrucción “parcial” de un grupo nacional, incluida en la Convención sobre Genocidio.

Esta figura, presente en todas las tipificaciones legales del genocidio conocidas (tanto nacionales como internacionales), permite dar cuenta del carácter determinante de las prácticas genocidas tal como las concibiera Lemkin (“la destrucción de la identidad del grupo oprimido”) sea éste el grupo colonizado, como lo era en la época en que Lemkin desarrolla el concepto, o el propio grupo de los nacionales, como tendió a ser en los procesos genocidas a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando las tareas de opresión dejaron de ser hegemónicamente desarrolladas por las potencias centrales para comenzar a ser ejercidas, Doctrina de Seguridad Nacional mediante, por los propios ejércitos nacionales de cada uno de dichos Estados, que funcionaron como “ejércitos de ocupación” de sus propios territorios.

### **3. Análisis tipológico de las figuras de crímenes de lesa humanidad y genocidio**

Tal como se ha desarrollado previamente, queda entonces claro que las dos figuras penales surgidas para permitir el juzgamiento del propio poder punitivo estatal han tenido sus problemas. En el caso de la figura de genocidio, su problema se basa en la limitación de la figura a cuatro grupos (étnico, nacional, racial y religioso) creando de este modo un “derecho penal de víctima”, equivalente en sus problemas de tipificación al “derecho penal de autor”, al vulnerar el principio de igualdad ante la ley

---

<sup>6</sup> Véase, entre otros y con miradas muy diversas pero convergentes en el cuestionamiento a la exclusión de los grupos políticos: (Chalk & Jonassohn, 1990; Churchill, 1997; Fein, 1979; Kuper, 1981; Dadrian, 1975; Harff & Gurr, 1988; Bjornlund *et al*, 2005).

y considerar las vidas de algunos grupos como más valiosas que las de otros.<sup>7</sup> Las argumentaciones construidas ex post facto para legitimar la exclusión (que dichos grupos poseen una persistencia y continuidad que otros no tendrían o que su identidad resulta "involuntaria") resultan totalmente inadmisibles, tanto jurídica como históricamente. Como desarrollará con exhaustividad el tribunal actuante en la causa ESMA II<sup>8</sup>, los grupos religiosos (incluidos en la definición de la Convención) tienen la misma volubilidad en su construcción que los grupos políticos (excluidos de dicha definición). De otra parte, como desarrollará ya en numerosos trabajos<sup>9</sup>, en verdad todo grupo e identidad es dinámica y cambiante con lo que ninguno de los grupos incluidos puede considerarse un grupo "objetivo"<sup>10</sup>.

La identidad no es un proceso objetivable con los parámetros con los que pretende objetivarlos la jurisprudencia internacional, lo cual resulta evidente si sólo nos detenemos a recorrer la bibliografía histórica, filosófica y sociológica sobre los procesos identitarios o la historia de configuración de cualquiera de los grupos presentes en las causas jurídicas, sean éstos calificados como étnicos, raciales, nacionales, religiosos, políticos o de cualquier otro modo. Como bien definieran autores como Maurice Halbwachs o Benedict Anderson, la identidad es un proceso de creación imaginaria de elementos caóticos y dispersos por parte de una colectividad humana que reconstruye dinámica y permanentemente un "nosotros". La cosificación de dicha identidad puede tener siglos (como en el caso del pueblo judío, pese a lo cual constituye una "invención" que se reactualiza en cada momento, como magistralmente lo desarrollara la obra de Shlomo Sand) o incluso décadas (como el caso de la etnificación de las identidades de clase en la transformación en Ruanda de los agricultores en "hutus" y los dedicados al ganado o a actividades administrativas en "tutsis"). Esto es, en muchos casos históricos fueron las propias lógicas de la división del trabajo las que dieron origen a identidades que, pese a proclamarse como étnicas o raciales, no dejan de ser socio-políticas o de clase, esto es, dinámicas y cambiantes.

<sup>7</sup> Ver, para un análisis jurisprudencial en esta dirección, el valioso desarrollo del voto en disidencia del juez José María Pérez Villalobos en el juicio oral desarrollado por el Tribunal Oral en lo Federal de Tucumán contra Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz en el caso "Romero Niklison", sentencia de marzo de 2011. CAUSA: "Romero Niklison María Alejandra s/Su pedido. Nro. 401.118/04 y sus acumulados: Romano Miguel Armando y otros s/Inf. a los arts 213 bis y 189 bis del C.P. Expte Nro 358/76 y "Meneses Adolfo Francisco s/Su pedido" Expte 1119/00.

<sup>8</sup> Véase el análisis en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro 5 en la causa Nro 1270 y acumuladas (conocida popularmente como ESMA II), publicados el 28 de diciembre del 2011, en especial el largo análisis (más de 200 fojas) del acápite "Genocidio". "Causas n° 1270 caratulada "DONDA, Adolfo Miguel s/ infracción al art. 144 ter, párrafo 1° del Código Penal -ley 14.616-" y sus acumuladas n° 1271 caratulada "Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio; Pernías, Antonio; Rolón, Juan Carlos; Weber, Ernesto Frimón; García Velasco, Pablo Eduardo; Coronel, Julio César y Radice, Jorge Carlos s/ infracción arts. 144 bis inc. 1° y último punto -ley 14.616- y 167 inc. 2° del Código Penal"; n° 1275 caratulada "Montes, Oscar Antonio y Capdevila, Carlos Octavio s/infracción art. 144 ter, primer párrafo del C.P -según ley 14.616-"; n°1276 caratulada "Fotea, Juan Carlos s/infracción art. 144 bis inc. 1° y último párrafo -ley 14.616- y 167 inc. 2° del C.P."; n° 1277 caratulada "Acosta, Jorge Eduardo, Astiz, Alfredo Ignacio, Azic, Juan Antonio, Capdevila, Carlos Antonio, Donda, Adolfo, García Tallada, Manuel Jacinto, Montes, Oscar Antonio, Scheller, Raúl Enrique y Pernías, Antonio s/ inf. Art. 144 ter, -según ley 14.616-" -Testimonios A-; n° 1278 caratulada "Savio, Néstor Omar, González, Alberto Eduardo, Acosta Jorge Eduardo, Astiz, Alfredo Ignacio, Scheller, Raúl Enrique, Pernías Antonio, Weber, Ernesto Frimón, Radice, Jorge Carlos, Rolón, Juan Carlos, Coronel, Julio César y Fotea, Juan Carlos s/ inf. Art. 144 ter, 1° párrafo -según ley 14.616-" -Testimonios B-; n° 1.298 caratulada "Cavallo, Ricardo Miguel s/inf. Art. 144 ter, 1° párrafo del C.P.- según ley 14.616-" y n° 1.299 caratulada "Cavallo, Ricardo Miguel s/inf. Art.144 bis, inc. 1° y último párrafo -según ley 14.616- y Art. 167, inc. 2° del C.P."

<sup>9</sup> Véase, como resumen de estos desarrollos, el fin del cap. 1 de Feierstein (2007).

<sup>10</sup> Para el análisis del carácter constructivo y no objetivable de los grupos nacionales, véase el brillante y clásico trabajo de Anderson (1993). Para el análisis de la complejidad y dinamismo de una identidad tan antigua como la identidad judía, véase el provocativo y lúcido trabajo de Sand (2011).



Pero, afortunadamente, estos problemas de la definición del genocidio en relación a la falta de ajuste de su visión de los grupos con respecto a la existencia real y efectiva de grupos en la sociedad, cuenta con una posibilidad de resolución sencilla y ajustada a derecho, a partir de la afortunada inclusión de la categoría grupo nacional en la propia Convención. El grupo nacional es el único grupo que cuenta con una existencia jurídica concreta (es miembro del grupo nacional, por definición jurídica, todo aquel que cuenta con un vínculo legal de ciudadanía con la nación, sea porque haya nacido en la misma, porque resulte heredero de nacionales de dicho lugar o porque haya optado por realizar los trámites necesarios para su inclusión legal).

A diferencia de las especulaciones de la jurisprudencia sobre qué puede significar un grupo racial, étnico o religioso (para lo cual las definiciones históricas y sociológicas varían muchísimo, siendo que ninguna de ellas acepta su objetivación), en el caso del grupo nacional se cuenta con una definición jurídica que es previa a los hechos, ratificada por el ordenamiento legal y no sometida a discusión, en tanto no depende de caracterizaciones sociológicas o identitarias. Y planteo como "afortunado" este elemento a partir de que dicha definición del grupo nacional incluye jurídicamente en su interior a cualquiera de los grupos excluidos, como desarrollará con precisión Marcelo Ferreira en un trabajo jurídico reciente<sup>11</sup>, o como fuera reconocido en jurisprudencia de numerosos tribunales argentinos y también en la causa librada en España por el juez Garzón.

Por el contrario, en el caso de la figura de crímenes de lesa humanidad, su problema tipológico resulta más estructural, en tanto su transformación en posible "tipo abierto" no se encuentra abierta a interpretación y la no explicitación del carácter estatal de los perpetradores ha llevado a que se extendiera para la anulación de las garantías penales de grupos políticos insurgentes, como queda claro del análisis de los casos en los que ha intervenido la Corte Penal Internacional, tanto frente a Estados a los que se busca agredir (Libia) como con respecto a organizaciones insurgentes en República Centroafricana o Uganda, entre otros países africanos.

Es por ello que, contando las dos figuras con problemas de legalidad en su propia tipificación, los problemas de la figura de genocidio son subsanables desde una interpretación inteligente que contemple las posibilidades objetivas de definición legal de cada uno de los grupos comprendidos en su tipificación, en tanto que los problemas de tipificación de la figura de crímenes de lesa humanidad no resultan subsanables por interpretación alguna, requiriendo una modificación urgente de la redacción de dicho tipo penal a fines de evitar su ya existente y creciente utilización como "tipo penal abierto".

#### **4. La inclusión de estas figuras en los códigos penales como requisito para su utilización**

Una segunda problemática que ha aparecido en relación a las figuras de crímenes de lesa humanidad y genocidio ha sido el conflicto entre figuras surgidas del derecho penal internacional cuando las mismas no se encuentran aún incluidas como parte de los ordenamientos legales nacionales o si han sido incluidos en los mismos con posterioridad a la fecha de comisión de los actos punibles.

Creo que en este sentido se trata de una confusión de la jurisprudencia y no de un problema real, y que se trata - en ambos casos, no hay diferencia en este punto - de figuras que dan cuenta de la articulación (por vía de concurso) de numerosos ilícitos previamente existentes. Tanto la exhaustiva enumeración de la categoría de crímenes de lesa humanidad (justamente problemática por ser tan amplia) como los cinco incisos incluidos en la definición de genocidio de la Convención de Naciones Unidas y en el Estatuto de Roma (matar a miembros del grupo, lesionar gravemente su integridad

---

<sup>11</sup> Ferreira (2012, pp. 84-99).

física o psíquica, someterlos a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, impedir los nacimientos, apropiarse los niños del grupo o transferirlos a otro grupo), refieren a delitos existentes en cualquier Código penal.

Pese a ello, en la justicia argentina no sólo los defensores sino algunos tribunales e incluso algún que otro querellante han planteado la inoperatividad de la figura de genocidio por su inexistencia en el código penal argentino. Resulta difícil entender - a diferencia del planteo de las defensas, que abarca ambas categorías - cómo es que una de estas figuras (crímenes de lesa humanidad) es utilizada en tanto la otra (genocidio) no lo es, cuando ambas se encuentran exactamente en la misma situación: no receptadas por el código penal argentino, enumeran sin embargo concursos de delitos que siempre integraron dicho Código penal.<sup>12</sup>

Pero, dado que se trata en ambos casos de delitos existentes, a los efectos de la pena la única diferencia que plantean es la posibilidad de eliminar el plazo de prescripción (por su carácter de imprescriptibles), la territorialidad o la inamnestiabilidad, siendo que las penas de ambas figuras se derivan en verdad de las penas planteadas para los delitos que integran dichas categorías y su cálculo a partir de las diferentes interpretaciones del tipo de concurso en el que se articulan, no resultando en modo alguno necesario ni constituyendo un problema en ninguno de los dos casos que no se encuentre tipificada una pena.

## 5. La cuestión procesal en contextos de clandestinidad

Un tema mucho menos tratado, sin embargo, ha sido la especificidad que requerirían estos delitos a nivel del derecho procesal penal. Al tratarse de acciones desarrolladas por el poder punitivo estatal y mayormente en contextos de clandestinidad, las condiciones de la prueba han sido alteradas y no son equiparables a las condiciones procesales de cualquier delito común.

Por más cuidado que ponga un delincuente o los miembros de una asociación ilícita en la eliminación de las pruebas de sus actos, dicha situación no es en modo alguno homologable a la de quien, controlando efectivamente el ejercicio del poder punitivo estatal y el monopolio de la violencia institucionalizada, organiza un sistema que deriva el ejercicio de dichas acciones a la clandestinidad (o, como fue común en la mayoría de los casos históricos y muy en especial a partir de la segunda posguerra, organiza un sistema de poder paralelo derivando la violencia no legalizada hacia el sistema clandestino y no reconocido por el aparato estatal).

Pese a esta evidente diferencia e interferencia fundamental en todo el sistema de prueba, ninguna de las herramientas surgidas en el derecho penal internacional contempló una necesidad de modificación del sistema procesal, siendo que dichas modificaciones (cuando se encararon) se llevaron a cabo *de facto*, sin explicitación, tratamiento ni posibilidad de confrontación o análisis crítico y resultando, por ello, mucho más violatorias que cualquier posible modificación procesal.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Más aún, podríamos agregar que en la especificidad del caso argentino, la figura de genocidio cuenta con una enorme ventaja tipológica, en tanto la Convención que establece dicha figura fue aceptada y ratificada por el Estado Argentino en fecha previa a los hechos que se juzgan (1956), en tanto que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad fue receptada (si bien aceptando la retroactividad) en fecha posterior a los mismos, con lo cual requiere para su implementación la remisión a la figura del *jus cogens*, lo cual no resultaría necesario para la implementación de la figura de genocidio.

<sup>13</sup> Hay, pese a todo, algunos antecedentes, no sorprendentemente vinculados a cuestiones de orden económico y no a los crímenes de masa, en un derecho penal que pareciera priorizar la propiedad sobre la vida, al igual que lo hace en muchos planos. La transformación procesal e inversión de la carga de la prueba ha sido propuesta y aceptada jurídicamente en

Hay, pese a todo, algunos antecedentes legales de una inversión de la carga de la prueba en el sistema procesal pero, sorprendentemente, no se han propuesto para la vulneración más grave del lazo social (los crímenes de masa) sino para delitos vinculados cuestiones de orden patrimonial, en un derecho penal que pareciera priorizar la propiedad sobre la vida.

Esta transformación procesal con inversión de la carga de la prueba ha sido propuesta y aceptada jurídicamente en nuestro país para las denuncias de enriquecimiento ilícito de funcionarios estatales y empleados, donde el acusado debe demostrar la licitud de su patrimonio, tal como se deriva del artículo 268, incorporado por el art. 39 de la Ley 25.188 de 1999.<sup>14</sup> Dice dicho tipo penal en su artículo segundo que "será reprimido (...) el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño". Esto es, que es el funcionario quien debe demostrar la licitud de su patrimonio y no el poder punitivo quien debe probar su ilicitud.

Si bien en ambos casos se trata del comportamiento de funcionarios públicos, llama la atención que haya sido planteado y aceptado en los casos en los que su conducta se vincula a la propiedad pero no cuando su conducta produce consecuencias en la vida.

Someter a los crímenes de masa cometidos por un aparato estatal clandestino al procesamiento construido para delitos cometidos por ciudadanos comunes, genera una innegable irregularidad en los procesos, que además vulneran el principio de igualdad ante la ley, siendo que resulta más sencillo condenar a aquellos represores cuyo narcisismo condujo a la estupidez, esto es, a quienes *no respetaron correctamente* las órdenes de clandestinidad y actuaron "a cara descubierta", dieron a conocer sus "alias" o entraron en contacto con sus víctimas, todo lo cual se encontraba estrictamente prohibido o desaconsejado por las normativas que instalaron la clandestinidad de la operatoria.

En aquellos casos en los que la "petición de principio" de hacer inviable la impunidad genera una voluntad de avanzar sobre otros responsables (aquellos que sí respetaron los protocolos de clandestinidad y sobre los cuales resulta casi imposible construir una prueba en dichos términos) se debe muchas veces presionar a los sobrevivientes a recordar lo que no les es posible recordar, instalando una perversa revictimización e incluso el riesgo de producir contradicciones, cometer errores de imputación o afectar la credibilidad del testimonio.

Es sintomático que no se haya pensado (con la excepción de la discutible experiencia de los tribunales de Dachau y Mathausen, creados por la ocupación norteamericana en Alemania) la posibilidad de establecer un derecho procesal acorde con la especificidad de los delitos cometidos por el poder punitivo estatal en condiciones de clandestinidad. Los datos objetivos que todo Tribunal sí puede recabar en los casos de crímenes de masa suelen comprender la siguiente información:

- a) el conjunto de delitos cometidos en un lugar determinado (centro clandestino de detención,

---

nuestro país para las denuncias de enriquecimiento ilícito de funcionarios estatales, donde el acusado debe demostrar la licitud de su patrimonio, pero no ha surgido como discusión en hechos eminentemente más graves y diferentes que los delitos comunes como son los crímenes de masa.

<sup>14</sup>Debo el descubrimiento de la preexistencia de la inversión procesal de la carga de la prueba en los casos de enriquecimiento ilícito a los señalamientos de las abogadas Valeria Thus y Elizabeth Gómez Alcorta, en discusiones previas de estas cuestiones en una de mis conferencias. Un análisis detallado de la discusión sobre la constitucionalidad o posible inconstitucionalidad de dicha reforma en relación precisamente a la inversión de la carga de la prueba puede encontrarse en Donna (2008, pp. 428 y ss.), Cap. IX Bis: "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados".

- comisaría, cárcel) en un período de tiempo determinado, a partir del testimonio de testigos y sobrevivientes y, en algunos casos, inclusive a partir de constancias documentales de los propios perpetradores,
- b) el conjunto de personal designado en dicho lugar en un período de tiempo determinado, a partir de que en la mayoría de las experiencias históricas dichos legajos de personal no fueron destruidos y/o fueron recuperados,
- c) la reglamentación secreta del sector clandestinizado de la estructura punitiva estatal que suele dar cuenta de la funcionalidad del personal actuante en cada uno de los ámbitos que operaron como parte de dicho accionar clandestino.

Dado que el sistema era clandestino, que se trataba no de acciones individuales ni de organizaciones civiles (ni siquiera de "asociaciones ilícitas") sino del propio aparato punitivo del poder estatal y que su organización tenía como objetivo primario la comisión de los delitos denunciados, resultaría mucho más prolijo y respetuoso de las garantías de los acusados y del testimonio de los sobrevivientes la posibilidad de invertir sistemáticamente la carga de la prueba invitando a los acusados a probar su falta de participación en alguno o todos los delitos que tenían el deber de cometer en el ámbito y período en que se desempeñaron.

No se trata de un "delito de sospecha", como precisamente el caso jurídicamente aceptado para la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, sino que los delitos imputados se encuentran claramente probados y la función de los agentes procesados no era ajena a los mismos sino, por el contrario, *requería su realización*. En una línea totalmente contradictoria al enriquecimiento ilícito de funcionarios, la inversión de la carga de la prueba se aceptaría sólo en función del reconocimiento de la existencia de un aparato estatal destinado a cometer los delitos más graves del código penal: crímenes de masa.

La decisión de no abrir el derecho procesal a discusión en los juicios por crímenes de masa ha tendido a producir, por el contrario, la revictimización de los testigos, obligados a recordar lo que no pueden recordar, a repetir infinitamente sus testimonios en cada nuevo juzgamiento, a ser confrontados con sus perpetradores en "igualdad de condiciones", entre otros hechos aberrantes en los que la voluntad de juzgar termina prolongando o reafirmando el daño en lugar de producir la buscada reparación. Simultáneamente, dicha decisión constituye un incentivo para la continuidad del "pacto de silencio" de los perpetradores, en tanto que cualquier información por ellos aportada constituye una mayor incriminación, siendo el silencio la mejor estrategia para todo acusado.

Por el contrario, una inversión sistemática de la carga de la prueba en estos casos podría permitir transformar todo el sistema de interpelación de la acción jurídico-penal, que se volcaría a escuchar los dichos de los acusados, sobre quienes caería la obligación de intentar desligarse de las funciones y delitos que debían cometer según el organigrama de su participación. Dado que en muchos crímenes de masa el poder judicial se ha encontrado con la conspiración de los perpetradores por mantener el silencio con respecto a sus acciones, la inversión de la carga de la prueba aumentaría cualitativamente las posibilidades de fisurar dichos pactos (muy en especial a partir de los eslabones más débiles de la cadena de responsabilidad y no a partir de sus cabezas, como se propone en los "pactos" de reducción de condenas, que no fueron efectivos en ninguna experiencia histórica).

El modo más lógico para desligarse del rol perpetrador asignado por el aparato clandestino sería el de dar cuenta de quiénes y cómo implementaron los delitos en los que el acusado pudo no haber participado. El contraste de testimonios entre los co-participantes en los hechos criminales permitiría simultáneamente avanzar en la búsqueda de verdades que la instrumentación actual de los

juzgamientos no logra develar (qué se hizo con los cuerpos de las víctimas, dónde se encuentran los niños apropiados, entre otras), producto de que se trata de una información que sólo los perpetradores poseen y que, en el actual sistema, su develamiento sólo puede conducir a un aumento de la incriminación pero en modo alguno a su disminución.

Es cierto que, a diferencia de los otros planteos, una posible inversión de la carga de la prueba suena a una herejía absoluta en el ámbito del garantismo penal, pero el actual Estado de situación del modo de administración de la prueba para intentar llegar a veredictos de condena en los distintos juzgamientos de crímenes de masa y la constante re-victimización de los testigos debiera llamar a la reflexión sobre los costos y beneficios de hacer oídos sordos al problema creyendo que con no hablar del mismo podemos hacer como si no existiera.

Y quienes pudieron formar parte de las estructuras de personal de un campo de concentración pero no fueron autores de las acciones más graves cometidas en dichos establecimientos, podrían encontrar un modo de reparar de alguna forma su participación marginal en dichos hechos, produciendo al mismo tiempo su desincriminación y aportando al esclarecimiento de aquella parte de la verdad que conocieron.

Si se comparte la "petición de principio" de la desvalor de la impunidad y la necesidad de ser sincero en el análisis crítico de las decenas de casos que integran hoy día la jurisprudencia en el juzgamiento internacional y nacional de crímenes de masa, se verá entonces que la apertura de la discusión sobre el derecho procesal penal aparece mucho menos extemporánea y subversiva de lo que su formulación actual sugiere.

## **6. Algunas conclusiones**

Vale destacar algunas de las consecuencias surgidas del desarrollo de la especificidad del juzgamiento del aparato punitivo del poder estatal en la comisión de crímenes de masas:

a) La aceptación de que la tipificación de un delito puede incluir a algunos sujetos y excluir a otros (o su equivalente en la inclusión de algunos grupos y la exclusión de otros) resulta inaceptable desde un punto de vista normativo y más allá de las interpretaciones. La exclusión de los grupos políticos, de género, identidad sexual, discapacidad, económicos, sociales, lingüísticos o cualquier otro de la tipificación del delito de genocidio es una puerta abierta a las tendencias crecientes de la instalación de un derecho penal del enemigo, a través de la aceptación de que los delitos pueden ser diferenciales en función de las víctimas a las que afectan, vulnerando el principio normativo fundamental de la igualdad ante la ley y estableciendo un "derecho penal de víctima" (equivalente a las tentativas de establecer derechos penales de autor), que puede abrir las puertas a los intentos (ya existentes) de otorgar al derecho la potestad de definir quiénes son los ciudadanos que ameritan su protección y quiénes quedan por fuera de ella.

b) El intento de subsumir los genocidios contra los grupos excluidos de la definición de la Convención sobre Genocidio bajo la figura laxa de "crímenes de lesa humanidad" colabora en los intentos por transformar a esta figura en un tipo penal abierto, que busca incluir actualmente delitos como el terrorismo, el narcotráfico y otros, cometidos por individuos y no por el Estado, delitos que cuentan en muchos casos con tipificaciones previas en los códigos penales nacionales y no requieren las garantías de imprescriptibilidad, inamnestiabilidad y extraterritorialidad. Cooperar en ampliar esta *bolsa* ambigua y laxa de los "crímenes de lesa humanidad" llenándola con cualquier cosa es el paso más directo a destruir todas las conquistas garantistas de una criminología cauteladora, aceptando un tipo cada vez más abierto que elimina el estatuto de la prescripción y la territorialidad, así como

posibles amnistías o indultos.

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

d) Que este redireccionamiento del derecho penal internacional se articula con una criminología preventiva de las violaciones de DDHH estructurada a partir del principio de la "responsabilidad de proteger" (aprobado por las Naciones Unidas en 2005) y su implementación a partir de la Corte Penal Internacional en casos de "riesgo potencial de violaciones de los derechos humanos", que justifica el ejercicio de un poder punitivo internacional previo a la realización de juicio alguno o incluso a la propia comisión del delito que se postula. Ejemplo de ello han sido las órdenes de detención libradas por el fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, contra los presidentes de Sudán y Libia, en el segundo caso, utilizada para justificar los bombardeos contra dicho país. Una criminología preventiva con una fuerza que jamás se viera en el caso de los ordenamientos nacionales: la mera denuncia de la existencia de un delito justifica un castigo que incluye no sólo a los supuestos perpetradores sino a gran parte de sus connacionales, que son asesinados como parte de los "daños colaterales" de los bombardeos.

e) Que las dos figuras (crímenes de lesa humanidad y genocidio) resultan idénticas en cuanto a su subsunción en los sistemas penales nacionales, sea que se consideren figuras que remiten a un concurso de delitos previamente codificados (postura que se sostiene en este trabajo) o nuevos delitos que requieren ser tipificados. Pero que resulta incoherente y contradictorio dar una respuesta en un caso y la contraria en el otro.

f) Que los crímenes de masa requieren un derecho procesal específico que pueda dar cuenta de la especificidad en sus formas de comisión (al tratarse del poder punitivo estatal operando en condiciones sistemáticas de clandestinidad) y que la inversión de la carga de la prueba puede resultar una de sus posibilidades.

\*\*\*\*\*

Dos grandes riesgos se ciernen sobre la relación del derecho penal con el juzgamiento de los crímenes de masa. El primero es el de contribuir a las tendencias a la inflación del punitivismo nacional e internacional, al aceptar para estos delitos violaciones de garantías que puedan ser transferidas al ejercicio permanente y cotidiano del poder punitivo estatal. El riesgo contrario, pero no menor, es que intentando amparar dichas garantías se resigne la posibilidad de juzgar a los crímenes de masa, contribuyendo a la historia de su impunidad. En esa difícil disyuntiva se mueve el derecho penal, arrinconado entre una petición de principio ética que no puede rechazar (la no aceptación de la impunidad de los crímenes de masa, esto es, del paroxismo del poder punitivo estatal nacional o internacional) y la necesidad de no abrir la puerta a la permanente presión del propio poder punitivo para inflar el campo de su acción, arrasando con las garantías penales.

Un tercer riesgo sería el de caer en la pereza, optando por la solución más fácil ("porque ya lo hicieron otros"), sin reflexionar sobre las consecuencias de nuestras acciones. Sin embargo, ningún jurista que se precie puede siquiera estimar dicho riesgo en sus prácticas, pese a que en muchos casos explica más la decisión de algunas sentencias que la disputa conceptual que atraviesa estas páginas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Anderson, Benedict, 1993. *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México: FCE.

Bjornlund, Matthias; Markusen, Eric; Mennecke, Martin, 2005. "¿Qué es el genocidio? En la búsqueda de un denominador común entre definiciones jurídicas y no jurídicas", En: Feierstein Daniel (comp.), *Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad*, Buenos Aires: EDUNTREF.

Chalk, Frank; Jonassohn, Kurt, 1990. *The History and Sociology of Genocide: Analysis and Case Studies*. New Haven: Yale University Press.

Churchill, Ward, 1997. *A Little Matter of Genocide: Holocaust and Denial in the Americas, 1492 to the Present*, San Francisco: City Lights Books.

Dadrian, Vahakn, 1975. "A typology of Genocide", En: *International Review of Modern Sociology*, 15. Págs. 201-212

Donna, Edgardo Alberto, 2008. *Delitos contra la administración pública*, 2da Ed. Actualizada, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Feierstein, Daniel, 2007. *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires: FCE.

Fein, Helen, 1979. *Accounting for Genocide*, New York: The Free Press.

Ferreira, Marcelo, 2012. "El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'", En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año II, Nro 8, septiembre, Buenos Aires: La Ley, págs. 84-99.

Ferreira, Marcelo, [1990] 2005. "Crímenes de Lesa Humanidad: Fundamentos y ámbitos de validez", en Gordillo, Agustín et al., *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 5ta. Ed., 2005, Págs. XV-1 a XV-52.

Harff, Barbara; Gurr, Ted, 1988. "Toward empirical theory of genocides and politicides", En: *International Studies Quarterly* 37, 3, Págs. 359-371

Kuper, Leo, 1981. *Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven & London: Yale University Press.

Lemkin, Raphael, [1944] 2009. *Axis Rule in Occupied Europe*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace (versión en español en *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires: Prometeo, 2009).

Nino, Carlos, 1997. *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires: Emecé editores.

Voto en disidencia del juez José María Pérez Villalobos en el juicio oral desarrollado por el Tribunal Oral en lo Federal de Tucumán contra Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz en el caso "Romero Niklison", sentencia de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro 5 en la causa Nro 1270 y acumuladas (conocida popularmente como ESMA II), publicados el 28 de diciembre del 2011.

Sand, Shlomo, 2011. *La invención del pueblo judío*, Madrid: Akal.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, [2000] 2002. *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Ed., Buenos Aires: Ediar.