

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

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

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

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)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDE
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
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.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

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

El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo Por Eugenio Raúl Zaffaroni	3
El consentimiento en Derecho penal: causas de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal Por Diego Manuel Luzón Peña	36
La posesión (o tenencia) como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada Por Kai Ambos	67
Derecho penal, determinismo y libertad Por Guillermo Lariguet	78
La omisión impropia en el derecho penal y el principio de legalidad. Características del problema y propuestas de solución Por James Reátegui Sánchez	91

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

La garantía del plazo razonable y el derecho de defensa Por Martha Lorena Hendler	123
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / Secuela del juicio. Alcance. Arbitrariedad en la interpretación del Art. 67 del Cód. Penal en su anterior redacción (CS)	123

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

- La Convención sobre Genocidio: algunos datos histórico-sociológicos para aportar a las discusiones jurídicas
Por **Daniel Feierstein** 135
- Cuando la "justicia" es criminal: linchamientos en la América Latina contemporánea
Por **Angelina Snodgrass Godoy** 145

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

- La ley procesal más benigna. A propósito del proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación
Por **Carlos Enrique Llera** 167
- Hábeas corpus: contribuciones a la causa del Estado de Derecho
Por **Norma I. Bouyssou y Fernando M. Machado Pelloni** 173

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

- La aplicación del estímulo educativo en el arresto domiciliario
Por **Pablo E. Ordoñez** 191

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

- Estado de excepción sin excepción. Acerca de la militarización de la seguridad pública en Ecuador
Por **Jorge Vicente Paladines** 201

PENAL ECONÓMICO

DOCTRINA

- El autolavado de activos en las evaluaciones del GAFI
Por **Tadeo Leandro Fernández** 219

DELITOS INFORMÁTICOS

DOCTRINA

- Acceso ilegítimo a banco de datos personales, revelación ilegítima de su información e inserción ilegítima de datos (art. 157 bis, CP)
Por **Marcelo A. Riquert** 231

ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

DOCTRINA

“Balance o informe falso” en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina 2014
Por **Leonardo G. Brond**..... 247

La incorporación del “infanticidio” en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación
Por **Rubén E. Figari**..... 254

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

DOCTRINA

Historia de las penas: breves reflexiones sobre el Código Penal de 1886 y su comparación con el proyecto Coll-Gómez de 1937
Por **Javier Ignacio Baños y Fernando Buján** 267

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

Reforma penitenciaria y legislación penal
Por **Heinrich Heine**..... 289

BIBLIOGRAFÍA

Técnica estatal. Perspectivas del Estado de derecho y el Estado de excepción, de Frankenberg, Günter
Por **Guido Leonardo Croatto**..... 297

Especiales formas de aparición del delito de Claus Roxin
Por **Francisco Muñoz Conde** 305

La Convención sobre Genocidio: algunos datos histórico-sociológicos para aportar a las discusiones jurídicas

POR DANIEL FEIERSTEIN

Sumario: I. El surgimiento del concepto de genocidio. — II. La construcción de una Convención sobre Genocidio en Naciones Unidas y su “despolitización”. — III. El surgimiento de los “estudios sobre genocidio”. — IV. A modo de conclusión.

Desde hace ya más de una década que en los tribunales argentinos, así como en el movimiento de derechos humanos, en el ámbito académico, en distintos movimientos políticos o ámbitos periodísticos, se discute sobre las características, límites, aportes o problemas del concepto de genocidio. Y, por supuesto, sobre las consecuencias de dicho concepto en tanto posible calificación de la violencia estatal masiva vivida en nuestro país.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que ninguna de dichas discusiones ha incluido hasta el momento un análisis pormenorizado del modo efectivo en que la Convención sobre Genocidio fue discutida y aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, pese a que muchos de quienes discuten apelan a cuestiones tales como “la voluntad de los legisladores” (esto sería, los representantes estatales) o el propio pensamiento de Raphael Lemkin (el creador del concepto de genocidio), sin basar dichas afirmaciones en un verdadero trabajo de investigación con respecto tanto a la obra de Lemkin como a la propia discusión de la Convención entre los representantes estatales, entre 1946 (cuando fue presentada la Resolución 96/1, que llamaba a redactar una Convención) y diciembre de 1948 (cuando fue aprobada dicha herramienta jurídica).

Estas páginas buscan aportar información a dichas discusiones, como herramientas que resultan útiles y necesarias, sea cual sea la posición que se sostenga en los debates, en tanto permiten observar la genealogía de las discusiones conceptuales, así como los modos efectivos (rayanos en la ilegitimidad) por los que los grupos políticos fueron excluidos de la tipificación de la Convención, un elemento que no suele tomarse en cuenta en la discusión.

I. El surgimiento del concepto de genocidio

El asesinato masivo de miembros de la misma especie ha existido desde que el hombre habita la tierra. No sólo se lo encuentra en gran parte de las fuentes de las distintas religiones (pese a que no puedan constatarse dichos hechos) sino en la observación del comportamiento de algunos primates, en elementos de la pre-historia y de la historia antigua. Los hombres han confrontado desde los primeros momentos de su existencia por los recursos y el territorio y muchas veces han utilizado al asesinato de varios miembros de grupos enemigos como modo de resolución de dichas confrontaciones.

Sin embargo, el concepto de genocidio ha surgido mucho después. Se trata de un término eminentemente moderno. Fue acuñado recién a mediados del siglo XX (1943) y apenas cinco años después (1948) comenzó a formar parte del derecho internacional, en ambos casos como consecuencia de la segunda posguerra y de la experiencia del nazismo.

Con el concepto de genocidio se buscó dar cuenta de una característica muy particular de las matanzas masivas de población: el uso instrumental de las mismas, así como el rol de la ideología en su concepción. La clásica matanza masiva de población se había llevado a cabo en la historia en busca de territorios o recursos (aun cuando numerosos autores la identifiquen como una de las modalidades del genocidio, en mi caso la he bautizado como genocidio colonialista, para dar cuenta de la especificidad de esa lógica en la modernidad) (1).

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

Sin embargo, el concepto de genocidio surgió para diferenciar esa modalidad clásica de matanzas masivas de la decisión de organizar una campaña sistemática para eliminar a grupos enteros de población, con el objetivo de erradicarlos por completo del planeta y/o de utilizar dicho terror para disciplinar al conjunto social. Esta es la novedad eminentemente moderna (distintos autores discuten cuándo fechar esa modernidad y a qué casos abarca, pero es evidente que difiere de los casos prehistóricos y de la Antigüedad).

Con infinitas discusiones, los autores del campo de estudios sobre genocidio buscaron comprender y analizar esta especificidad moderna del aniquilamiento masivo de poblaciones: el uso del terror para disciplinar a una sociedad y transformar su identidad, sea eliminando a todos los miembros de determinados grupos, sea eliminando a un número suficiente como para producir el terror necesario para transformar (“reorganizar”, lo llamaremos aquí) la identidad de los sobrevivientes.

La figura legal de genocidio aparece por primera vez en las fundamentaciones del juicio de Núremberg. El neologismo había sido creado 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” (2).

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 busca la destrucción de la identidad de los oprimidos, logrando imponerles la identidad del opresor.

De aquí el carácter crítico de este nuevo concepto que, aplicado según la 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” con monopolio de la capacidad de castigar. Y donde

es claro que la herramienta de opresión radica en el control del aparato de poder punitivo estatal: las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad, y su utilización para generar terror en el conjunto de la población.

Es precisamente este carácter crítico del término “genocidio” — eminentemente sociológico— el que intentó ser licuado en las sucesivas discusiones en las Naciones Unidas con respecto a la posible sanción de una Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, pese a que Lemkin había sido su principal impulsor.

La Convención de Naciones Unidas sólo fue aprobada luego de dos años de intensos desacuerdos, discusiones y conflictos entre los representantes estatales, durante los cuales se logró excluir a algunos grupos (el más grave y explícito es el caso de los grupos políticos) del tipo de genocidio, pese a que la Resolución 96/1 (sancionada en 1946 y herramienta que convocaba a la sanción de una Convención) los incluía explícitamente. De dicho modo se buscó encuadrar la definición de genocidio en una formulación que buscaba desplazar la explicación de esta práctica del ámbito de la opresión al ámbito de la irracionalidad, a través de la remisión a un racismo que se observa como “despolitizado”, como desvinculado de la lógica de constitución de la opresión estatal que aparecía como central en la definición de Lemkin y en todos los borradores de las Naciones Unidas, así como en todos los trabajos históricos y sociológicos.

Esto es, si para Lemkin el eje del genocidio radica en la destrucción de la identidad de la población como práctica de opresión, para las lógicas legales pareciera que el genocidio es el producto del odio de un pueblo por otro (sea que se defina dicho pueblo como grupo nacional, racial, étnico o religioso), donde se supone que las lógicas geopolíticas, la funcionalidad del exterminio y el terror como herramienta de opresión no juegan papel alguno y, en caso de jugarlo, entonces no se trataría de un genocidio.

En esta lógica binaria de comprensión del terror, resulta que los turcos asesinan armenios, los alemanes aniquilan a judíos y gitanos, los serbios a bosnios, los hutus a tutsis, como si tanto las identidades (turcos, armenios, alemanes, judíos, etc.) fueran esenciales e inmutables e igual de esenciales e inmutables los odios que explicarían el aniquilamiento.

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

Este modo banal y primario de concepción de la violencia, además de despolitizado, resulta irreal e insostenible históricamente. Ningún caso de genocidio responde a esta lógica binaria. No es posible encontrar ningún caso histórico y cuando los juristas buscan alguno, generalmente remiten a casos que desconocen, en tanto si dedican mayor análisis a la comprensión del caso, resulta que siempre aparecen como evidentes sus motivaciones políticas.

II. La construcción de una Convención sobre Genocidio en Naciones Unidas y su “despolitización”

Luego de una larga discusión, la Convención sobre Genocidio de Naciones Unidas fue finalmente votada, definiendo al genocidio en su artículo 2 como: “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal:

“(a) Matanza de miembros del grupo;

“(b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

“(c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

“(d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

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

Sin embargo, la exclusión de los grupos políticos de dicha definición se llevó a cabo como parte de una maniobra muy cuestionable, que pone la propia legitimidad de dicha exclusión en duda, no sólo por motivos doctrinarios sino también en función de su propio procedimiento de aprobación.

La discusión entre 1946 y 1948 enfrentó a dos grupos de representantes estatales. De una parte, la Unión Soviética, Polonia y Sudáfrica (y luego el Reino Unido) condujeron un durísimo cuestionamiento a la posibilidad de inclusión de los grupos políticos entre los “grupos protegidos”, amenazando con su no ratificación en el caso de que triunfara la moción mayoritaria de una definición inclusiva. De este modo, violaban un principio básico del derecho —el principio de igualdad ante

la ley— al sostener que la Convención sólo debía proteger a “algunos” grupos de personas.

Al contrario, Francia y Yugoslavia conducían al bloque de representantes que no estaban dispuestos a aceptar dicha exclusión, sosteniendo que una Convención redactada de dicho modo era peor que ninguna Convención, porque vendría a legitimar implícitamente el asesinato de grupos de población, además de sostener una verdad histórica evidente: que los asesinatos masivos siempre se llevaron a cabo históricamente por motivos políticos. Y que, por tanto, dicha Convención “restrictiva” sería letra muerta, en tanto no daría cuenta de ningún proceso histórico real y concreto.

Luego de dos años de arduo debate, los grupos políticos fueron incluidos en la primera votación, en la reunión 75, el 15 de octubre de 1948, con 29 votos a favor de su inclusión sobre 51 representantes presentes.

El tema parecía resuelto. Sin embargo, los representantes de Uruguay, Irán y Egipto presentaron una extraña moción para votar nuevamente el asunto en la reunión 128 del 29 de noviembre de 1948 (votar dos veces un artículo ya votado es algo bastante inusual en el ámbito internacional y no se aplicó a ningún otro artículo de la Convención sobre Genocidio). El representante de los EE.UU. llevó a cabo una dura crítica de la inclusión de los grupos políticos en dicha reunión, aunque destacó centralmente la necesidad geopolítica de “encontrar acuerdos” y ampliar el número de Estados que ratificarían la Convención, aunque para ello se debiera forzar una decisión previa y excluir a los grupos políticos de la misma, algo de que ya se había discutido y votado un mes antes.

Cabe aclarar que dicha moción se puso a votación cuando el número de representantes presentes en la sala era menor que en el momento de la primera votación. La moción llegó apenas a los dos tercios de los presentes necesarios para revertir la votación previa, pero en una maniobra muy peculiar, ya que se propuso en el momento de menor asistencia de representantes (había tan sólo 39 en la sala en dicho momento, cuando durante la aprobación de la inclusión de los grupos políticos había 51 miembros presentes). Ello es producto de que la moción fue presentada a altas horas de la noche, en tanto que la mayoría de las reuniones se realizaban por la tarde.

En esta “segunda” votación, la inclusión de los grupos políticos fue revertida, aunque con un número de votos significativamente menor al que había cosechado su inclusión: 22 votos en la moción de su exclusión (sobre 39 presentes) frente a los 29 que había cosechado su inclusión en la primera votación (sobre 51 presentes). Cabe aclarar que todos los ausentes habían votado previamente por la inclusión de los grupos políticos, con lo cual dicha moción nunca hubiese sido aprobada con el conjunto de los representantes presentes en la sala.

Una maniobra (paradójicamente “política”), que revirtió la “voluntad de los legisladores”, expresada en la votación mayoritaria. Este concepto (voluntad de los legisladores) es relevante, ya que ha sido utilizado profusamente por varios juristas (entre otros Alicia Gil y Gil o Daniel Rafecas) para intentar “interpretar” la ley cuando la misma se encuentra abierta a distintos sentidos (en los casos mencionados, los posibles límites del concepto de “grupo nacional”, como ha sido el caso de las discusiones sobre el uso de la Convención sobre Genocidio en los juicios librados en Argentina contra los responsables de las acciones cometidas durante la última dictadura militar).

Si bien 7 representantes cambiaron su posición entre las dos votaciones (el Reino Unido, USA, Australia, Canadá, Dinamarca, India y Siria), lo sorprendente es, como se ha señalado, que todos los ausentes a la sesión donde se decidió la exclusión (reunión 128, del 29 de noviembre de 1948, que comenzó recién a las 8.50 pm) eran representantes que habían votado a favor de la inclusión de los grupos políticos (los representantes de Panamá, Paraguay, Arabia Saudita, Siam, Turquía, Yemen, Bolivia, El Salvador, Haití e Islandia). Nunca mejor aplicada la frase “entre gallos y medias noches”.

Este fue el origen (ilegítimo, por cierto, a nivel formal, se verá a continuación que también a nivel doctrinario) de la exclusión de los grupos políticos del artículo 2 de la Convención sobre Genocidio, que ha preocupado a académicos y jueces en todo el mundo. Incluso ha generado disparates conceptuales, cuando algunos de estos académicos o jueces buscaron legitimar una violación del derecho de igualdad ante la ley. Algunos autores han intentado sostener que los grupos políticos serían un tipo de grupo cualitativamente diferente

a los étnicos, nacionales, raciales o religiosos y que, por tanto, su aniquilamiento no merecería el mismo tipo de condena o que requeriría una figura específica (que nunca fue sancionada, por otra parte) para poder efectivizarla.

La peligrosidad jurídica y política de aceptar dicho razonamiento de la exclusión es manifiesta. Imagínese que alguien planteara que algunas personas (las mujeres, los pobres, los discapacitados, los gordos, los homosexuales, entre otras posibles) son cualitativamente diferentes del resto de las personas y que, por lo tanto, su asesinato no merecería ser calificado como homicidio, siendo que requerirían una figura especial y, hasta tanto la misma no fuera sancionada, se los podría asesinar libremente, sin que los autores de dicho asesinato pudieran ser condenados.

Ya en las propias sesiones de octubre de 1948, el representante de Suecia se había encargado de explicitar el absurdo de incluir a los grupos religiosos y excluir a los políticos, siendo que si el eje de la diferenciación era el carácter voluntario de las identidades, no podía diferenciarse entre los grupos religiosos y los políticos, en tanto ambos dependían de un sistema de creencias. Más allá de ello, el representante sueco dejaba clara la imposibilidad de aceptar cualquier tipo de exclusión.

Para reforzar el absurdo de la decisión final de la Convención, cabe señalar, desde un análisis más complejo proveniente de los estudios comparativos sobre genocidio, que dichos procesos genocidas siempre tienen una motivación eminentemente política y que si se aceptara una interpretación estricta y restrictiva de la Convención finalmente sancionada por las Naciones Unidas (esto es, que si el aniquilamiento se dirige contra grupos políticos o contra otros grupos con motivaciones políticas, no sería aplicable), entonces la Convención sería letra muerta, porque hablaría de hechos que no han tenido jamás existencia en la historia de la humanidad, cuando menos en la historia moderna. Ningún genocidio moderno ha prescindido de motivación política. Por el contrario, la motivación política ha sido el elemento crucial para comprender todos y cada uno de los procesos de aniquilamiento en el siglo XX que serán aquí analizados, así como también los casos modernos, que no serán objeto de análisis en este volumen.

III. El surgimiento de los “estudios sobre genocidio”

El campo de los estudios sobre genocidio surgió en el enriquecedor cruce de las disciplinas del derecho, la historia, la filosofía y las ciencias sociales, en el contexto del mundo de habla inglesa y alemana, con difusión inicial en los EE.UU., Gran Bretaña, Alemania, Israel, Canadá y Australia, entre sus ámbitos principales.

En la última década del siglo XX y en los comienzos del siglo XXI se ha dado tanto una expansión disciplinar (hacia la ciencia política, la antropología, la filosofía, la estética o la psicología) como una relativa expansión idiomático-cultural con la aparición de trabajos en lenguas eslavas (ruso, serbo-croata, bosnio), español y portugués (expandiéndose en todo el territorio americano y la península ibérica), francés o italiano, entre otros idiomas que comenzaron a dialogar con los “padres fundadores” de matriz anglosajona.

Sin embargo, muchos de sus modelos iniciales continúan delimitando el rango de problemas de análisis, obstaculizando de este modo una expansión mayor y una internacionalización real. Pese a ello, las cuatro décadas de trabajo sostenido (aún con fuerte matriz anglosajona) han construido algunas bases comunes sobre las cuales continuar pensando en las próximas décadas.

1. La primera discusión: el déficit definicional de la Convención sobre Genocidio

Uno de los ejes de surgimiento del campo de los estudios sobre genocidio como tal fue la discusión jurídica y sociológica acerca de las deficiencias de la Convención sancionada en 1948, que fueron ilustradas previamente. La gran mayoría de los pioneros de este campo de estudios iniciaban sus trabajos destacando las graves falencias conceptuales de la tipificación legal (en especial, en lo referente a la exclusión de determinados grupos de la definición, lo cual termina conduciendo a una imposible y ahistórica despolitización de los procesos de persecución), a la vez que proponían nuevas y mejores definiciones.

Algunas de ellas cobraron más fuerza que otras (destacan especialmente aquí los canadienses Frank Chalk y Kurt Jonassohn, la estadounidense Helen Fein, el israelí Israel Charny o el armenio radicado en EE.UU. Vahakn Dadrian). De un

modo u otro, el único consenso relevante entre los investigadores radicaba precisamente en la crítica común al artículo 2 de la Convención sobre Genocidio y a su definición de una práctica social que se basaba en las víctimas que la sufrían, incluyendo a algunos grupos y excluyendo a otros, en lugar de centrarse en el tipo de acciones que la caracterizaban, eje de cualquier definición jurídica o histórico-sociológica.

Incluso los escasísimos autores que aceptaban la definición de la Convención, como el sudafricano Leo Kuper, aclaraban que: “Esto no quiere decir que coincido con la definición [de genocidio de la Convención de Naciones Unidas]. Por el contrario, creo que la mayor omisión se encuentra en la exclusión de los grupos políticos de la lista de grupos protegidos. En el mundo contemporáneo, las diferencias políticas son, como mínimo, tan significantes como bases para la masacre y el aniquilamiento como las diferencias raciales, nacionales, étnicas o religiosas. Luego, también, los genocidios contra grupos raciales, nacionales, étnicos o religiosos son generalmente una consecuencia del conflicto político, o están íntimamente relacionados con él” (3).

Esta discusión llevó a que el campo desarrollara una riqueza peculiar —por el aporte específico de cada una de las definiciones proporcionadas por los distintos autores—, a la vez que instalaba un problema complejo con respecto a su coherencia interna, al no existir un consenso que pudiera servir para sustituir aquella definición jurídica a todas luces mal construida y cuestionada por todos.

Los desacuerdos se han visto reflejados en la amplia disparidad de casos que, para distintos investigadores, merecían ser clasificados como genocidio o no. El ejemplo clásico de esta disputa en los estudios sobre genocidio ha sido lo que el investigador estadounidense Henry Huttenbach llamara “el debate Katz-Charny”, ejemplo de visiones paradigmáticas y contradictorias, representadas por las teorías de la uniqueness de Steven Katz (que plantean que el único caso efectivo de genocidio fue el aniquilamiento de la población judía a manos del nazismo, pero que así y todo centraba la fundamentación en la intencionalidad

(3) Kuper, Leo, *Genocide. Its political use in the Twentieth Century*, Yale University Press, New Haven, 1981, p. 39. Traducción propia.

total del aniquilamiento y no en la identidad de los grupos aniquilados) y la amplísima definición genérica de genocidio del psicólogo social israelí Israel Charny, que es tan amplia que incluye casos como el ecocidio (la destrucción del medio ambiente), las bombas atómicas arrojadas sobre Hiroshima y Nagasaki, el bombardeo de población civil y cualquier situación de matanza en donde pueda identificarse un número importante de bajas humanas, directas o indirectas, asimilando el concepto de genocidio a lo que otros investigadores luego calificarían como masacre (4).

Con el avance de estos trabajos académicos, se buscó que el derecho se ajustara a una definición más certera. El punto más alto de la articulación entre trabajo académico y consecuencias políticas del mismo se puede encontrar en el "Informe Whitaker". Benjamin Whitaker fue consultor de Naciones Unidas, a quien se encargó un documento que buscaba revisar la Convención sobre Genocidio, con foco en el caso de Camboya, donde el gobierno de los Jémeres Rojos asesinó a una cuarta parte de la población, pero en el cual el carácter político de la matanza resultaba más evidentemente manifiesto que en los casos previos. Whitaker incluyó en su reporte numerosas consultas con los académicos más reconocidos del momento y con representantes estatales y su Informe constituyó una crítica demoledora, tanto jurídica como sociológica, al artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas. Pese a ello, y en función de la presión del Consejo de Seguridad, el Informe jamás fue tratado por la Asamblea y la Convención no se modificó.

La imposibilidad de modificar la definición de genocidio durante las tratativas del Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional en 1998, a la vez que la sanción en el mismo estatuto

(4) Huttenbach, Henry, "Towards a Conceptual Definition of Genocide", *Journal of Genocide Research*, 2002, 4, 2. Para consultar, a los propios autores, véase Katz, Steven L., *The Holocaust in Historical Context*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 24, quien dice "...the Holocaust is an event without real precedent or parallel in modern history", y Charny, Israel W., "Toward a Generic Definition of Genocide", in Andreopoulos (ed.), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 91, quien afirma: "The present proposal [of a generic definition of genocide] is strongly inclusive; it seeks to create a wide conceptual base that includes all known types of mass murder and mass deaths that are brought about at the hands of man..."

de una nueva definición ampliada del delito de "crímenes contra la humanidad", llevó a muchos de los investigadores (ya en el siglo XXI y en particular a aquéllos provenientes del derecho) a desistir de sus planteos iniciales, aceptando la mala definición de la Convención como el único acuerdo posible para unificar el concepto de genocidio como categoría de análisis ante el desorden definicional y el caos que reinaba en dicho campo de estudios, producto de la falta de consenso sobre una definición adecuada.

Matthias Bjornlund, Eric Markusen y Martin Mennecke consideraban, en este sentido, que "es ampliamente reconocido que la prevención del genocidio depende fundamentalmente de la voluntad política y la definición de genocidio utilizada por los funcionarios políticos es una interpretación restrictiva de la Convención sobre Genocidio. No puede esperarse un impacto significativo en quienes toman decisiones políticas de definiciones que resulten menos restrictivas, por más que estén ampliamente difundidas" (5) y que "resulta imposible encontrar un núcleo definicional que satisfaga completamente a todos los investigadores pero tanto los exclusivistas como los inclusivistas podrán ser capaces de observar las ventajas de compartir algunas bases comunes ampliamente reconocidas. Quizás, algunos investigadores que han rechazado definitivamente la definición de la Convención podrían reconsiderarla, al menos como una alternativa viable a la presente anarquía definicional" (6).

Complementariamente, el investigador en derecho William Schabas propuso dar por cerrada la discusión al sostener que "en lugar de ampliar la definición de genocidio con el objetivo de resolverla [los huecos legales de la definición], la comunidad internacional optó por expandir la visión de los crímenes contra la humanidad" (7). Schabas ya había sugerido previamente "relegar

(5) Bjornlund, Matthias; Markusen, Eric y Mennecke, Martin, "What is Genocide? A Search for Common Grounds Between Legal and Non-Legal Definitions", ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Genocidio, Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, noviembre de 2003, Actas, p. 2. Traducción propia.

(6) Ídem, p. 28. Traducción propia.

(7) Schabas, William, "The Law and Genocide", in Bloxham, Donald and Moses, Dirk (eds.), *The Oxford Handbook on Genocide Studies*, Oxford & New York, Oxford University Press, 2010, p. 141. Traducción propia.

el concepto de genocidio en favor de un concepto más general y más fácilmente aplicable, como el de crímenes contra la humanidad” (8).

Si bien esta posición tendió a ser aceptada por algunos pioneros del campo de estudios sobre genocidio, siguen existiendo fuertes cuestionamientos a este supuesto consenso anglosajón, que lo único que produjo fue un notorio empobrecimiento de los análisis y el surgimiento de una ciencia menos crítica y mucho más adicta al poder (que comenzó a justificar la intervención neocolonial de la mano de conceptos como “prevención del genocidio” o “responsabilidad de proteger”). La aparición de trabajos por fuera del mundo anglosajón volvió a cuestionar este supuesto “consenso”, retomando y enriqueciendo las críticas fundamentales que el campo de los estudios sobre genocidio había producido durante el período 1970-2000.

El concepto de crímenes contra la humanidad no logra contemplar la riqueza y potencialidad presente en el concepto de genocidio —que refiere al intento de destrucción de un grupo y no meramente de población civil indiscriminada, como sería el caso de los crímenes contra la humanidad—. Y esta diferencia resulta fundamental, tanto desde un punto de vista jurídico como histórico-sociológico, en tanto distingue la violencia indiscriminada o no intencional de un proyecto de utilización del terror para la transformación de las identidades grupales. Esto último era lo que estaba en la base de la brillante intuición de Raphael Lemkin al crear el neologismo “genocidio”.

Cabe articular el análisis con una dimensión geopolítica, vinculada a comprender que los debates conceptuales nunca resultan neutrales con relación a las prácticas políticas que se derivan de ellos. Ello permitirá formular otras hipótesis sobre la llamativa insistencia de los tribunales penales del siglo XXI en definir todas las violencias estatales masivas como crímenes contra la humanidad y prácticamente ninguna como genocidio (lo cual se puede observar en los fallos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda y en las causas iniciadas por la Corte Penal Internacional), homologando

situaciones de gravedad diferencial —por ejemplo: una represión esporádica de un hecho puntual que produce decenas de víctimas y una campaña de aniquilamiento y destrucción grupal que afecta sistemáticamente a decenas o centenares de miles—. Esta igualación ha buscado la legitimación de una necesidad de “intervención” en todos los casos, lo cual tiende a confundir los análisis histórico-políticos, impidiendo comprender la especificidad de una práctica social que no sólo busca reprimir a la disidencia sino eliminar una identidad grupal. La indistinción es utilizada entonces como herramienta de legitimación de violencia sistemática internacional, ahora neocolonial. La “no-intervención humanitaria” ante el nazismo o en Ruanda vendría a legitimar la “intervención humanitaria” en Irak, Libia o Siria, escondiendo no sólo las diferencias entre los casos sino las verdaderas razones “no-humanitarias” de la intervención, como es el control de recursos petroleros o gasíferos.

No es que haya sido esa la intención predominante u objetivo central de los intentos académicos por acabar con la discusión definicional en los estudios sobre genocidio, pero sí es lo que tendió a primar en las aplicaciones políticas de sus desarrollos y, con el tiempo, también en los financiamientos recibidos para muchos de dichos proyectos de estudio e investigación, lo cual resulta particularmente llamativo.

Vale también resaltar que numerosos Estados han realizado en los últimos años definiciones legales del delito de genocidio mucho mejores que la de la Convención, creando antecedentes para seguir bregando por una definición jurídica más precisa y acorde al principio de igualdad ante la ley (9). Un avance de enorme significación se ha logrado en el anteproyecto de modificación del Código Penal argentino elaborado en 2013, que define al genocidio de un modo mucho más preciso, incluyendo en la definición a cualquier grupo definido como tal por el perpetrador, expresión

(9) Los grupos políticos (e incluso definiciones más amplias como “cualquier grupo”, “cualquier comunidad”, así como grupos sexuales, de género, de salud, económicos, sociales y otros) fueron incluidos en las definiciones de genocidio realizadas en los Códigos Penales de numerosos Estados como Bangladesh, Colombia, Costa de Marfil, Costa Rica, Etiopía, Francia, Finlandia, Lituania, Panamá, Perú, Portugal, Rumania y Uruguay, entre otros.

(8) Schabas, William, *Genocide in International Law*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Traducción propia.

basada en la pionera definición académica de Chalk y Jonassohn, construida en 1989.

Pero la discusión definicional no fue la única ni necesariamente la más rica de las discusiones en el campo de estudios sobre genocidio. Otras cuestiones fueron también objeto de análisis y crítica.

2. Las explicaciones sobre la causalidad y los trabajos comparativos

El de las explicaciones causales ha sido uno de los ejes más fecundos en el desarrollo de los estudios sobre genocidio. Los trabajos existentes se caracterizan por su variedad en las explicaciones sobre los orígenes y causalidad de los procesos genocidas.

La mayoría de los historiadores han sido reacios a considerar la posibilidad de analizar elementos comunes en la comprensión de los procesos de aniquilamiento, sosteniendo la singularidad de cada proceso histórico. Pero dentro de cada situación concreta, los niveles de análisis han sido heterogéneos y enriquecedores. La experiencia del genocidio nazi cuenta con una variedad apabullante, que incluye miradas centradas en su desarrollo ideológico (10), en el papel del racismo y/o el antisemitismo (11), en el rol jugado por la lucha anticomunista y contra-revolucionaria (12), en la importancia de los procesos de expoliación de los judíos (13), en las lógicas de la burocracia en tanto organizadora del exterminio (14), en la ge-

(10) Dawidowicz, Lucy, *The War Against the Jews*, New York, Pocket Batham Books, 1986; Goldhagen, Daniel, *Hitler's Willing Executioners*, New York, Vintage Books, 1997; Bartov, Omer, *Mirrors of Destruction. War, Genocide and Modern Identity*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2000, entre muchos otros.

(11) Bauer, Yehuda, *Rethinking the Holocaust*; New Haven and London, Yale University Press, 2002; Bankier, David, *Probing the Depths of German Antisemitism. German Society and the Persecution of the Jews, 1933-1941*, New York, Berghahn Books, 2000, entre muchos otros, particularmente de autores israelíes.

(12) Mayer, Arno, *Why did the Heavens not Darken? The "Final Solution" in History*, New York, Pantheon Books, 1989.

(13) Aly, Götz, *Hitler's Beneficiaries. Plunder, Racial War and the Nazi Welfare State*; New York, Holt and Company, 2008.

(14) Hilberg, Raúl, *The Destruction of the European Jews*, Chicago, Quadrangle Books, 1961; Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, New

York, Penguin Books, 1994; Bauman, Zygmunt, *Modernity and the Holocaust*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 2000, entre otros.

(15) Traverso, Enzo, *La violence nazie. Une généalogie européenne*, Paris, La Fabrique, 2002.

(16) Bauman, Zygmunt, op. cit.; Milner, Jean Claude, *Les penchants criminels de l'Europe démocratique*, Paris, Editions Verdier, 2003, y Milner, Jean Claude, *Le Juif de savoir*, Paris, Editions Grasset & Fasquelle, 2006, entre otros.

(17) Vale destacar aquí el trabajo de tres autores fundamentales y a su vez diversos: Vahakn Dadrian (entre cuyas numerosas obras destaca el ya clásico *The History of the Armenian Genocide. Ethnic Conflict from the Balkans to Anatholia to the Caucasus*, Providence/Oxford, Berghahn Books, 1995), Richard Hovanissian (entre cuyas obras destacan *The Armenian Genocide in Perspective*, New Brunswick, Rutgers University, 1986, y *Remembrance and Denial. The Case of the Armenian Genocide*, Detroit, Wayne State University Press, 1998) y Taner Akcam (entre cuyas obras destacan *A Shameful Act: Armenian Genocide and the Question of Turkish Responsibility*, New York, Metropolitan Books, 2006, y *The Young Turks' Crime Against Humanity: The Armenian Genocide and Ethnic Cleansing in the Ottoman Empire*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2012).

(18) En el caso de Ruanda también existen numerosas perspectivas que destacan ejes muy diferentes, como las de des Forges, Alison, *Leave None to Tell the Story. Genocide in Rwanda*, New York, Human Rights Watch, 1999; Melson, Robert, "Modern Genocide in Rwanda: Ideology, Revolution, War and Mass Murder in an African State", en Gelatelly, Robert and Kiernan, Ben, *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2003; Lemarchand, Rene, "The 1994 Rwanda Genocide", en Totten, Samuel and Parsons, William S., *Century of Genocide. Critical Essays and Eyewitness Accounts*, New York and London, Routledge, 2009; Strauss, Scott, *The Order of Genocide: Race, Power and War in Rwanda*, Ithaca and London, Cornell University Press, 2006; Péries, Gabriel and Servenay, David, *Une guerre noire. Enquete sur les origins du génocide rwandais (1959-1994)*, Paris, La Découverte, 2007, entre muchos otros.

(19) En el caso de Camboya también se encuentra cierta variedad desde la mirada clásica bien historicista de Ben

ejes de comprensión diferentes y la bibliografía sobre otras experiencias históricas ha crecido de modo exponencial en el siglo XXI.

En lo que hace a los trabajos comparativos, la profusión ha sido mucho menor, ya que la especificidad de los elementos explicativos de los casos históricos concretos requiere ser puesta en cuestión a la hora de encontrar ejes de explicación causal que puedan dar cuenta simultáneamente de situaciones tan distintas.

Algunas obras, sin embargo, se han destacado en esta búsqueda comparativa. Dichos trabajos buscaron encontrar puntos comunes y diferencias, inicialmente, entre los genocidios de los pueblos armenio y judío, analizando la estructura de oportunidad de los procesos genocidas o las articulaciones entre grupos mayoritarios y minoritarios en el funcionamiento social, como fue el paradigmático caso del investigador armenio Vahakn Dadrian, ya desde sus primeros trabajos en la década de 1970 (20).

También se ha destacado, en las últimas dos décadas, la comprensión del aniquilamiento genocida en su articulación con las lógicas de la dominación colonial, una línea que puede encontrarse desplegada en los trabajos de los australianos Dirk Moses y Donald Bloxham, del alemán Juergen Zimmerer, entre otro grupo de autores anglosajones dedicados a trabajar la vinculación

entre genocidio e imperialismo (21), también presente en la obra del italiano Enzo Traverso.

En Francia, Jacques Semelin se propuso poner en relación las experiencias del nazismo, de Ruanda y de Yugoslavia. Semelin distingue los modos discursivos de estigmatización de la otredad, el contexto internacional, el papel de los medios de comunicación, las dinámicas de los crímenes masivos, entre otras variables. El autor francés analiza los distintos usos políticos de las masacres en estos tres casos históricos, distinguiendo entre la “destrucción para dominar (subyugar)” y la “destrucción para erradicar”, agregando luego una posible tercera categoría, a la que titula como “destrucción para revolucionar (o subvertir)” (22).

En mis propios trabajos he analizado las similitudes y las divergencias entre el genocidio desarrollado por el nazismo y la experiencia represiva argentina, inserta en el contexto latinoamericano. Se analizan allí no sólo las obvias diferencias de magnitud, escala y modo de implementación entre ambos hechos históricos, sino la peculiaridad de sus similitudes estructurales, en especial el papel asignado al dispositivo del campo de concentración como herramienta de destrucción de la subjetividad, surgida en el stalinismo, el franquismo y el nazismo y luego difundida planetariamente como maquinaria de utilización política del terror. El concepto de prácticas sociales genocidas fue creado para dar cuenta de los elementos comunes presentes en el uso del dispositivo concentracionario en distintos casos históricos, buscando abarcar el conjunto de los genocidios que se propusieron la reorganización de las relaciones sociales en aquellos territorios en los que se implementaron, particularmente durante la segunda mitad del siglo XX (23). En la gran mayoría de los casos analizados en este volumen,

Kiernan en *The Pol Pot Regime: Race, Power, and Genocide in Cambodia under the Khmer Rouge, 1975-79*, New York, Yale University Press, 1996, hasta perspectivas más antropológicas como las de Laban Hinton, Alexander, *Why did They Kill? Cambodia in the Shadow of Genocide*, Berkeley, Los Angeles & London, University of California Press, 2005, o más interesadas en los procesos simbólicos, como la de Craig Etcheson en *After the Killing Fields. Lessons from the Cambodian Genocide*, Texas, Texas Tech University Press, 2005, entre otras.

(20) Ver Dadrian, Vahakn N., “The Comparative Aspects of the Armenian and Jewish Cases of Genocide: A Socio-historical Perspective”, in *Is the Holocaust Unique?*, 3ª ed., Rosenbaum, Alan S. (ed.), Boulder, CO, Westview Press, 2009, ps. 139/174, y Dadrian, Vahakn N., “The Historical and Legal Interconnections between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust: From Impunity to Retributive Justice”, *Yale Journal of International Law* 23, nro. 2 (1998): ps. 504-59. Para la inclusión del genocidio ruandés, véase Dadrian, Vahakn N., “Patterns of twentieth century genocides: the Armenian, Jewish, and Rwandan cases”, *Journal of Genocide Research*, Volume 6, Issue 4, 2004: ps. 487-522.

(21) Moses, Dirk and Stone, Dan (eds.), *Colonialism and Genocide*, New York, Routledge, 2007; Moses, Dirk (ed.), *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation and Subaltern Resistance in World History*, New York, Berghahn Books, 2009; Bloxham, Donald, *The Great Game of Genocide, Imperialism, Nationalism and the Destruction of Ottoman Armenians*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2007.

(22) Semelin, Jacques, *Purifier et détruire*, París, CERI, 2007.

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

podrá encontrarse con claridad este uso político del terror en una maquinaria concentracionaria, una de las características fundamentales de lo que he bautizado como “genocidios reorganizadores”.

Las discusiones sobre la causalidad y las consecuencias de los procesos genocidas están lejos de concluir. Pero podría decirse que es un elemento de fortaleza de este campo de estudios, ya que todo hecho histórico tiene numerosas razones causales, así como numerosas consecuencias e intencionalidades y la profusión de trabajos — tanto a nivel disciplinario como cultural— enriquecen el análisis, trayendo a la discusión nuevas dimensiones para comprender las lógicas de los crímenes de Estado y las consecuencias políticas, sociales, simbólicas y conceptuales generadas por el exterminio y el terror en las sociedades en las que se implementaron.

IV. A modo de conclusión

La discusión sobre los límites y potencialidad del concepto de genocidio continúa abierta, así como su posible aplicación para el caso argentino, interpretación que va incorporando cada vez más tribunales desde el pionero fallo del Tri-

bunal Oral Federal 1 de la Plata en el año 2006. Contabilizando las causas con sentencia hasta fines de 2013, el 20% de los tribunales actuantes han reconocido la pertinencia de dicha figura para calificar el caso argentino (a través de la interpretación de la “destrucción parcial del grupo nacional argentino”), pero la tendencia es creciente año a año, habiendo alcanzado al 30% de los tribunales y causas libradas en el año 2013. A su vez, otro conjunto de tribunales (alrededor de otro 10%) ha negado la figura tan sólo por cuestiones formales (por lo general, el principio de congruencia), pero reconociendo, sin embargo, su justeza histórica.

Sin embargo, y más allá de estos números, en toda discusión es importante conocer la genealogía de aquello que se discute. Qué argumentos y qué procedimientos fueron utilizados en los debates, qué consecuencias se desprenden de los mismos y qué tipos de interpretaciones implican sobre los hechos en cuestión. Con el ánimo de aportar a dicha elucidación es que se aporta esta información, como herramienta para la continuidad de los debates, tanto en Argentina como en otros lugares del mundo. ♦

.....