

El rol de lo jurídico en la construcción de la memoria y las representaciones en el último genocidio argentino.

josefina bergues.

Cita:

josefina bergues (2017). *El rol de lo jurídico en la construcción de la memoria y las representaciones en el último genocidio argentino. XII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-022/552>

EL ROL DE LO JURÍDICO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA Y LAS REPRESENTACIONES EN EL ÚLTIMO GENOCIDIO ARGENTINO

Autora: Josefina Bergues

Eje temático: Crímenes de Estado

Mesa: Memoria y representaciones del pasado reciente

Institución de pertenencia: Equipo de Asistencia a las Querellas (EASQ) - Observatorio de Crímenes de Estado (OCE) Facultad de Ciencias Sociales, UBA; Centro de Estudios sobre Genocidio, UNTREF, Director: Dr. Daniel Feierstein.

Mail: josefinabergues@gmail.com

Resumen:

La presente ponencia buscará analizar las implicancias en los procesos de memorias y representaciones de las calificaciones jurídicas de los crímenes de estado cometidos en torno a la última dictadura en la Argentina. De allí que el derecho es el eje central de análisis pero no el único. Buscaré, a partir de la integralidad científica, continuar el debate de las implicancias simbólicas y materiales que, desde lo jurídico, circulan y se reproducen en todo el orden social. Los crímenes de estado lejos de ser novedosos, se han materializado en distintos momentos históricos y diversos puntos planetarios, siendo por ello necesario un abordaje que permita comprender su funcionalidad transversal en las sociedades modernas. Lo que se propone entonces es una mirada crítica del modo en que los mismos son juzgados, en tanto que dichos juzgamientos vienen atravesados por lógicas formales que se desentienden completamente de las reales implicancias socioculturales y económicas que ese crimen engendra en las relaciones sociales. El objetivo general es plantear la importancia de los juzgamientos en tanto ámbito de producción simbólica de prácticas futuras que permitan prevenir dichos crímenes.

Palabras claves: crímenes de estado-dogmática penal-ética-justicia-abordaje multidisciplinario

*"Los progresos se hacen sobre las espaldas de una gran parte de la humanidad
y si no hay derecho para todos, es evidente que el derecho mismo queda negado"*

Iñaki Rivera Beiras

Introducción

Lo que se busca a partir de las presentes palabras es poder comenzar a indagar sobre la posibilidad de desandar un largo camino que desde hace siglos, pero sobre todo desde el iluminismo, se ha forjado en la interpretación y modos de actuación que desde el derecho penal, junto a las demás áreas que se han ido incorporando a éste para sostener su discurso, se va delimitado como grilla de inteligibilidad de la realidad, y por tanto, del modo de proceder ante los delitos.

Para poder abordar los crímenes de Estado y lograr en el futuro su prevención se hace imprescindible modificar las lógicas de pensamiento y actuación que desde el derecho penal, el sistema judicial y la criminología imperan. Ello es así porque éstas se han configurado a partir de la búsqueda por prevenir o castigar delitos que nada tienen en común con los crímenes de Estado.

Pero por sobre todo, para bajar los altos niveles de violencia física como simbólica que existen en las sociedades actuales se requiere una aproximación que conlleve como primer presupuesto invertir el punto de partida filosófico, ya que todo modo de actuación conlleva determinados presupuestos filosóficos políticos, se reconozcan o no.

Los modos en que han sido racionalizadas las acciones del tejido público presuponen un basamento filosófico. Se buscará mostrar como las acciones e ideas que en determinados contextos tuvieron validez de verdad, y que necesariamente conllevan grados de convergencia social, poseen un basamento filosófico político. Dichas convergencias son, a su vez, producto de recorridos y experiencias históricas sociales atravesadas por múltiples, transversales y difusos elementos. No es la intención aquí plantear un minucioso examen sino intentar mostrar la posibilidad de que ante criterios diferentes los resultados cambian.

La inversión del umbral filosófico hegemónico existente ha sido planteado por diversos filósofos, el aquí abordado perteneció al siglo veinte, Emmanuel Levinas. Este pensador plantea que la ética es por donde se debe comenzar a indagar, en tanto que es lo que primero acontece. Es el umbral a partir del cual los humanos son atravesados en su devenir, posibilitando lo que se piensa o realiza, más allá de la propia consciencia.

Plantea, algo que no es materia de interés en la mayoría de los círculos políticos, la responsabilidad que implica existir para otros.

La importancia de tal postura reside en el hecho de que se invierte el siempre presente inicio de indagación filosófica y su pregunta por qué el ser y no la nada, a la que Levinas reemplaza por ¿quién sufre? para de esta manera poner a la ética como base fundante de las relaciones sociales, desplaza a la ontología, permitiendo abrir paso a la posibilidad de despojar de violencia y dominación que se esconden detrás de todo los presupuestos contiguos de la constante preocupación por el Ser.

Dota de esta manera la importancia del Ser en el Otro, pasando a ser el Otro la preocupación inicial, y no la respuesta ante lo propio.

Lo que aquí se busca mostrar es que bajo la concepción ontológica, con la que discute Levinas, el conocimiento es objetivado generando un modo de proceder violento en tanto que desubjetiva al Otro, lo cosifica, lo transforma en objeto de conocimiento. Para Levinas, el único modo de evitar esto es partiendo de la responsabilidad absoluta frente al otro que sufre [que nunca será el propio sujeto, sino todos los que se encuentren por debajo de él].

A continuación se hará referencia, a grandes rasgos, a los discursos criminológicos que tendieron a racionalizar y operar en el derecho penal desde su nacimiento como conocimiento científico. El primero emerge en los albores del siglo XVIII, el segundo a finales del siglo XIX. Se pretende con ello realizar un breve recorrido en sus aspectos generales, para luego indagar sobre la posible conexidad entre los modos en que desde el Derecho se piensa el delito y sus relaciones con los fundamentos éticos políticos. Se pretende buscar comprender el por qué de la imposibilidad del tratamiento de los crímenes de Estado como tales, inferir alguna relación entre las barreras dogmáticas y los discursos y prácticas que los atraviesan.

Nacimiento de la racionalidad penal moderna

El iluminismo fue un movimiento que en el ámbito del Derecho buscó la racionalización del Derecho Penal. En este recorrido se enfrentó a un arbitrario poder de penar, buscó y logró limitarlo, pero tuvo también el efecto de, como nos dice Álvaro Pires en relación a la obra de Beccaria, "transforma[r] el saber penal en un sistema de pensamiento que crea relaciones de diferenciación en relación con los demás modos de regulación y control de la vida social"¹. De esta manera el Derecho penal pasó a ser el eje fundamental por el cual se buscó la 'resolución' de los conflictos entre las personas. Por aquel entonces el poder monárquico, absoluto y concentrado, se encontraba en su fase final de caída y estaba siendo reemplazado por los Estados Nacionales nacientes que tenían como objetivo configurar gobiernos con sus poderes divididos como modo de lograr mayor equilibrio político, más razonable y distribuido.

Pero no sólo es un momento en el cual se encuentra en reconfiguración los poderes políticos sino que también, producto de la revolución industrial, la economía da un gran giro debido al salto tecnológico producido por los grandes descubrimientos que permitieron comenzar a producir en grandes cantidades, más de lo que el total de la población tenía capacidad de consumir, fomentándose de esta manera el comercio internacional. De allí la necesidad de abandonar el modo de sometimiento territorial de la colonia y favorecer el nacimiento de Estados 'independientes' con quienes poder comerciar.

La racionalización del Derecho penal que propugnaron los iluministas fue en este contexto con miras a combatir en gran medida los delitos que se producían contra la propiedad privada. Delitos cometidos por individuos contra la propiedad privada de otros individuos. Buscaron, y lograron de hecho, plasmar una serie de principios a los efectos de garantizar un juicio y un trato justo a aquellas personas imputadas, limitando el

¹ Pires, Alvaro, *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, en DEBUYST, Christian et al.: "Histoire des savoirs sur le crime et la peine" Vol. 2, Les Presses de l'Université d'Ottawa, Les Presses de l'Université de Montréal, De Boreck Université, Bruxelles, 1998 (pp. 2 de la traducción no oficial).

uso abusivo del poder contra éstas. Imparcialidad, proporcionalidad, publicidad, razonabilidad, eran algunos de ellos.

Sin embargo el gran éxito de esta nueva forma de pensamiento fue lograr la separación tajante de por un lado lo jurídico penal y lo jurídico en general, y por otro la anulación entre la moralidad y el ilícito penal². Para Pires la teoría de la pena de Beccaria contribuyó "a integrar en el derecho criminal el objetivo general del conjunto del derecho: la protección del orden, la seguridad social de todos y la pacificación de las relaciones sociales"³. El derecho penal, o sea, el discurso que habilita la faz del Estado que posee el uso legítimo de la violencia, fue arraigado de esta manera como modo de responder ante las acciones ilegales cometidas por las personas que así decidían proceder (recordemos que, si bien hay diversas posturas, en general se concibe al hombre con libertad para decidir su comportamiento según la utilidad personal que se le atribuya al acto).

En este sentido Beirne Piers se pregunta ¿cómo prevenir la criminalidad de las masas mientras se enmascara el hecho de que el derecho criminal preserva un sistema de clases basado en la inequidad social?⁴ Entiende que para Beccaria será uno de los principios expuestos en su teoría, la igualdad ante la ley, la que lo logre. Sin embargo éste principio nos dice Beirne no es más que "una ficción burguesa que, simplemente en tanto artificio doctrinal, plante la responsabilidad criminal a nivel individual."⁵

En razón de ello Pires sostiene que tanto "Beccaria, como la mayoría de los utilitaristas de su época, favorece sobre todo el proyecto político de controlar los comportamientos futuros de la población"⁶. Mediante la justificación que brindaba la doctrina del utilitarismo al derecho de castigar se buscó forjar "un conjunto de relaciones (...) entre el Estado de derecho, la justicia y el mercado"⁷. En modo alguno se está pensando en controlar y prevenir los delitos estatales [masivos]⁸, sino que el derecho penal pasará a ser la herramienta principal de control poblacional en un contexto de ampliación de ciudadanía y de expansión económica antes desconocida.

El ideal positivista

El conjunto de teorizaciones positivistas desarrolladas en el marco del Derecho Penal y la Criminología centra su análisis en el individuo delincuente. En el siglo XIX se comienza una lenta pero progresiva introducción al proceso penal de lo que se entienden características biológicas/innatas de los imputados, su historia personal, su familia y entorno. Dicho proceso será facilitado por el comienzo de la intervención psiquiátrica en los procesos penales a principios del siglos XIX en los crímenes monstruosos⁹ [pero no estatales] como producto de una nueva dimensión de la locura donde "el cuerpo social dejó de ser una simple

² Pires, Alvaro, *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité penale moderne*, en DEBUYST, Christian et al.: "Histoire des savoirs sur le crime et la peine" Vol. 2, Les Presses del'Universite d'Ottawa, Les Presses de l'Universite de Montreal, De Boreck Universite, Bruxelles, 1998 (pp. 6 de la traducción no oficial).

³ *Ibidem* pp. 7.

⁴ Beirne, Piers *Hacia una ciencia del homo criminalis. De los delitos y de las penas de Cesare Beccaria (1764) (1993)*, en Nueva Doctrina Penal, 2002 A, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 9.

⁵ *Ibidem*, pp.10.

⁶ Pires, obra citada, pp. 24 de traducción no oficial.

⁷ Beirne, Piers *Hacia una ciencia del homo criminalis. De los delitos y de las penas de Cesare Beccaria (1764) (1993)*, en Nueva Doctrina Penal, 2002 A, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 27.

⁸ Para esta época los delitos de Estado ya eran conocidos, aunque no con la racionalidad con la que van a surgir posteriormente.

⁹ Foucault *La vida de los hombres infame* Las ediciones de La Piqueta, Madrid, 1990, pp. 234 y ss.

metáfora jurídico-política (como la que se formula en *Leviathan*) para convertirse en una realidad biológica y en un terreno de intervención médica"¹⁰. Y así "el individuo que cometió un delito es interpretado a través de estas innovadoras herramientas diagnósticas como un sujeto de características especiales, de tipo 'psicológico' y 'moral' pero también -crecientemente- de carácter 'físico' (...) que constituyen un 'otro' radicalmente diferente al 'nosotros'"¹¹.

El castigo pasará a ser la modalidad por la cual se busque la reforma del delincuente. Se deja de lado el hecho cometido como fundamento para penar y se centrarán en la persona infractora, por lo cual, ahora en el proceso penal los informes de los médicos deberán "valorar no sólo la razón del sujeto sino también la racionalidad del acto, el conjunto de relaciones que ligan el acto con los intereses, los cálculos, el carácter, las inclinaciones, los hábitos del sujeto"¹². El individuo peligroso será en los siglos XIX y XX el objetivo principal de la intervención punitiva.¹³

A comienzos del siglo XX la psiquiatría deja de centrarse en los grandes crímenes y se generalizará en todo el terreno de las infracciones¹⁴, que es acompañada como bien nos dice Foucault por "un desarrollo intensivo de las redes policiales (...) una reorganización y una vigilancia del espacio urbano y supuso también la persecución mucho más sistemática y mucho más eficaz de la pequeña delincuencia."¹⁵

La noción de responsabilidad será dejada de lado y se pasará a considerar el peligro del individuo para la sociedad, lo que implicará que el castigo deje de ser una pena para utilizarse como mecanismo de defensa social en tanto que buscaba rehabilitar al delincuente¹⁶. Será con este discurso que en el siglo XX el Derecho penal se "extendió, organizó y codificó a sospecha y la detención de individuos peligrosos"¹⁷.

¿Pero quiénes eran esos individuos peligrosos? El discurso positivista centró su atención en el estudio de las personas que ya se encontraban detenidas, y que a partir de los cuales postula identificar una serie de características físicas, biológicas y psíquicas, sombra de la peligrosidad intrínseca de estos sujetos, que serán las que luego adoptaría para criminalizar a un sector de la población. Las sobras humanas del mercado de trabajo y aquellos que no expresen ni compartan la moralidad burguesa serán el eje principal al cual apuntarán las políticas del Estado basadas en el umbral positivista.

La persecución ya no se dará en tanto delito cometido sino en la posibilidad de prevenir los mismos, lo que era posible, se postulaba, en base a los 'conocimientos' previos de los rasgos de la peligrosidad. De todas formas, lo criminal deja de ser el acto y pasará a ser el individuo mismo, de allí la posibilidad de su

¹⁰ *Ibidem*, pp. 241.

¹¹ Sozzo, Máximo *Locura y crimen. Nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*, Didot, Buenos Aires, 2015, pp. 487

¹² Foucault *La vida de los hombres infame* Las ediciones de La Piqueta, Madrid, 1990, pp. 247.

¹³ *Ibidem*, pp. 249.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 252.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 252.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 254.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 261.

prevención anterior a la infracción¹⁸. Defensa social será el nombre que se le dará al conjunto de medidas que desde el positivismo se aportaron a la medicina y a la ciencia penal¹⁹.

Huertas nos explica que "el positivismo científico, contribuyó de manera definitiva a la consecución del proyecto económico capitalista naciente para lo que persiguió, de manera decisiva, la defensa de la sociedad mediante una serie de renovadoras visiones de los comportamientos éticos"²⁰. Para ello era necesario, nos dice el autor "una nueva moral y una nueva ciencia que sancionase comportamientos, pero además, resultaba imprescindible que lo hiciera de un modo acrítico"²¹. Es un momento histórico en donde "la justificación del poder burocrático y de los expertos (...) (se pretende) 'científica'"²². El derecho fue planteado como ciencia neutra y objetiva, mostrando que sus descubrimientos eran cuestiones dadas en la naturaleza de las cosas, en las cuales no había intervención de subjetividades políticas o éticas. Lo que se buscó y logró con el positivismo fue la invención de métodos científicos separados "de la política y la economía, de la sociología y la psicología, de la moral la estética y los valores"²³.

La ignorancia del estudio de los aberrantes y sistemáticos crímenes de Estado.

Anteriormente se hizo un breve y pequeño recorrido por las dos grandes teorías que marcaron el estudio criminológico desde el siglo XVIII hasta el presente, y como se pudo observar los crímenes cometidos por los Estados son invisibilizados. Nada se dice de ellos en las teorías criminológicas que estudian cómo manejar el conflicto y el control social.

En este sentido Enrique Marí he realizado un exhaustivo examen del castigo y su vínculo con el pecado, el crimen y el vicio en la antigüedad, tanto como lo ha abordado desde las teorías retribucionistas y utilitaristas de la pena, pasando por múltiples y diversos filósofos y pensadores, y en todo ese recorrido el castigo es siempre vinculado, aunque de diversas maneras según el momento histórico, a las personas o actos cometidas por individuos particulares. El delito va cambiando de contenido, sin embargo, nunca es llenado por los crímenes Estatales, no hay siquiera un atisbo de estos.

El autor citado, con profunda claridad y poeticidad que lo caracteriza, manifiesta en relación al lazo engendrado entre la filosofía y la ciencia pretendidamente neutra y objetiva que "la filosofía (...) no se resignó a su completa separación de la ciencia. Redefinió sus vínculos con ésta y pretendió sujetarla a su jurisdicción a fin de cumplir su papel de garante y sostén de ella por medio de una categoría fundamental, la de la Verdad. Para poder ofrecer el enlace y la conexión adecuada entre el sujeto cognoscente y el objeto

¹⁸ Recordemos que en la misma época en que el pensamiento positivista se expande en varios países de Europa, se están llevando a cabo los más horribles crímenes de Estado.

¹⁹ Huertas García Alejo Rafael *El Delincuente y su Patología. Medicina, crimen y sociedad en el positivismo argentino*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1991, pp. 158.

²⁰ *Ibidem*, pp. 69.

²¹ *Ibidem*, pp. 70.

²² Anitua, Gabriel Ignacio *Historia de los pensamientos criminológicos*, Ed. Del Puerto, 2006, pp. 179.

²³ Marí, Enrique Eduardo *Las teorías y su influencia política y socio-jurídica en los problemas de la democracia*, Doxa. N. 20, 1997, pp. 2.

conocido produjo las piezas más maestras de la modernidad: el cògito cartesiano, el sujeto trascendental y constitutivo de la crítica Kantiana"²⁴.

Tanto como desde el pensamiento iluminista como desde el positivismo el Derecho adquirió gran importancia como discurso justificador planteando, como se ha visto, como una ciencia 'objetiva'. Dicho modo de abordaje implica entender al mismo desprendido de la ética y los valores humanos. Volviendo al filósofo Levinas, podemos observar como esa violencia es posible en tanto que desde dicho punto de partida el Derecho pasa a ser el fin y lo humano el medio, produciendo la cosificación del Otro, transformandolo objeto de conocimiento.

Pero sobre todo, parecería que, estas teorías lejos de encontrarse separadas de lo ético y lo político son la consecuencias de determinada postura al respecto. Entonces será a partir de un replanteo de estas posturas que se podrá iniciar un camino que permita un abordaje fructífero tanto en la comprensión de los crímenes Estatales como en su prevención.

Si bien hay algunos autores que a mediados de los años 50' han hablado de los crímenes de Estado, como Loe Alexander y Sheldon Gluek²⁵, será Wayne Morrison, quien plantee un giro radical en la criminología que por ser "*global no puede dejar fuera al genocidio*", y muchos menos aún, habiendo la misma cumplido un rol legitimante del poder mundial.²⁶ Sin embargo, va más allá y "reconoce que la criminología es el producto de un sector del planeta [que permitió] que los estados de ese espacio geográfico se construy[er]an sobre la violencia y el genocidio".²⁷

El crimen de Genocidio

En la presente reflexión, aunque se hace referencia a los crímenes de Estados, lo que se trata de comprender, y con ello subvertir, es el crimen de genocidio, entendiendo a éste como una práctica social que nace a la par de la gestación de los Estados Modernos como un sistema de poder, "un conjunto de tecnologías específicas (situadas en el tiempo y en el espacio) de destrucción y reconstrucción de relaciones sociales, pero lo suficientemente amplio para tener diversas (y aun contradictorias) manifestaciones"²⁸

Sin embargo, para que el concepto obtenga alguna potencialidad en la praxis no es suficiente una crítica al silencio criminológico, ni ampliar el concepto jurídico de genocidio a uno criminológico como lo hace Zaffaroni. Se hace necesario profundizar en los complejos y cambiantes fundamentos éticos políticos que van siempre acompañando y reorganizando modos económicos, culturales y sociales, para poder entrar al corazón de este crimen para combatirlo y prevenirlo.

El reconocimiento de la capacidad de la especie humana para relacionarse sin violencia se hace imprescindible a tales efectos. Esta cuestión, de vital importancia, implica considerar primero que no hay una naturaleza humana, una esencia humana, sino que ésta se constituye en razón de las relaciones sociales, así como tampoco la destructividad es innata a lo humano sino que "es una de las respuestas posibles a

²⁴ *Ibíd*em, pp. 2.

²⁵ Zaffaroni, Eugenio R. *La palabra de los muertos* Ed. Ediar, 2011, Buenos Aires, pp. 303.

²⁶ *Ibíd*em, pp. 304.

²⁷ *Ibíd*em, pp. 306.

²⁸ Feierstein, Daniel *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia Argentina*". Ed. FCE, 2007, pp 111.

necesidades psíquicas arraigadas en la existencia del hombre y que nace de la acción recíproca de diversas condiciones sociales y necesidades existenciales del hombre”.²⁹

Las prácticas sociales genocidas son un modelo que se van a ir alternando en las diversas sociedades y los distintos modos políticos, y que tienen por efecto la reconfiguración de relaciones sociales que se manifiestan sobre todo en la destrucción de las relaciones de igualdad, autonomía y reciprocidad de los lazos de los seres humanos. De esta manera, el genocidio debe ser comprendido como una práctica racional y con efectos sociales y políticos que exceden a la materialidad de la eliminación de masas.³⁰

El genocidio es un crimen que no es posible de ser analizado mediante las categorías dogmáticas jurídicas que desde los albores del pensamiento del siglo XVIII se vienen construyendo, y ello es así porque como bien la plantea Feierstein, en él los delitos que se comenten para perpetrarlo (muertes, desapariciones, torturas, etc.) constituyen sólo un medio para ejecutarlo. Ésta idea fue lúcidamente plasmada por el creador del vocablo “genocidio”, Raphael Lemkin, al definirlo como la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido y la imposición del patrón del grupo opresor.³¹

Este crimen produce, material y simbólicamente, altos niveles de violencia en las relaciones humanas y que se verán reflejados en sus efectos en tanto da la posibilidad de generar y legitimar políticas vaciadas de todo contenido ético. Los modos relacionales que del crimen se desprenden, desconfianza, individualismo, egocentrismo, machismo, etc. son imprescindibles a las estructuras de tales políticas. Es una práctica que tiene como efecto producir un entramado tal que genera las condiciones sociales posibles para que medidas vaciadas de contenido ético puedan sostenerse.

Se puede pensar que las prácticas sociales genocidas producen, tomando las palabras de Galtung citado por Iñaki Rivera Beiras, una especie de violencia estructural que implica la imposibilidad de lograr "una situación de paz plena (o “positiva”) cuando las personas no puedan contar con, por ejemplo, vacunas, alimentos, vivienda, asistencia a la salud, educación... Si justamente, como ha dicho Galtung, las estructuras político-económicas impiden a los individuos o grupos realizar el potencial de sus capacidades, son esas mismas estructuras las que están actuando con violencia, denominada, estructural.”³²

¿Será que a partir de las prácticas sociales genocidas modernas se fueron gestando y reproduciendo, a través del terror engendrado por estas, modos violentos de relaciones humanas que a su vez permitieron y legitimaron, mediante su impunidad, la incorporación de estas lógicas de violencia estructural en los diversos campos sociales? Si se responde positivamente es también cierto que cumple un rol fundamental acabar con la impunidad del genocidio, que , consecuentemente implica un comprometido abordaje socio-jurídico-penal. Y será a partir de allí que podremos pensar en lógicas que sedimenten relaciones despojadas de destrucción y violencia.

²⁹ Erich Fromm *Anatomía de la destructividad humana*, versión en línea, pp. 155. Disponible en: http://www.ignaciodarnaude.com/textos_diversos/Fromm,Anatomia%20de%20la%20destructividad%20humana.pdf

³⁰ Feierstein, Daniel *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia Argentina*. Ed. FCE, 2007, pp 139.

³¹ Ferreira, Marcelo *El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'* Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II N° 8, pp. 96

³² Rivera Beiras, Iñaki, *Hacia una criminología crítica global* Revista Athenea Digital Vol 16 N° 1, 2016, pp. 26.

La ética primero

La hipótesis será que el Derecho como sustento de la producción jurídica debe buscar el bienestar y el resguardo de lo humano, y así concebido debe entenderse como la *manifestación normativa de la responsabilidad ética de uno para con el Otro*.

Esta concepción plantea la necesidad como obligación de tomar consciencia de lo que generan nuestros pronunciamientos y acciones. El Derecho como una de las herramientas principales que tienen los humanos para regular y dar curso a sus acciones, no puede concebirse como una ciencia neutra y objetiva, o, en palabras de Nino "el derecho por sí sólo no provee razones operativas para justificar acciones y decisiones, y por lo tanto es necesario recurrir a consideraciones morales para obtener ese tipo de razones operativas."³³ De esta manera, el Derecho es la manifestación jurídica de los valores sociales, y como tal, se encuentra imbuida de determinada concepción ética, lo que conlleva su mutación en el tiempo y en el espacio que se manifiesta conforme al curso que los humanos le den.

Por ello, se debe reconsiderar la forma y mecanismos por los cuales se imparten decisiones jurídicas, ya que conllevan formas de construcción colectiva que superan al Derecho que van moldeando las particularidades históricas de cada momento social. El Derecho como herramienta de los pueblos es el medio por el cual se debe buscar una mejor y digna existencia [convivencia].

El iusconstructivismo

En virtud del desarrollo anterior, y considerando que hasta la actualidad la lógica imperante en los modos de actuar del Derecho (legislativo, judicial, ministerial, internacional, etc.) se encuentra por demás desprendido de la ética, se hace necesario impulsar miradas alternativas, críticas y subversoras mediante las cuales los avances en los derechos de los Humanos consagrados no puedan jamás retroceder.

Mediante el *iusconstructivismo* Feierstein postula que sólo tendrá validez sustancial la norma cuando ésta "responda a un proceso de creciente autonomización del juicio, basado en el dialogo entre pares, la reciprocidad entre ellos y la búsqueda de una creciente igualdad y equidad en las relaciones sociales [...] (así) toda norma que vulnere o busque hacer retroceder los niveles de autonomía, igualdad o equidad alcanzados por la humanidad carecería de validez sustancial [...] restituyendo una valoración ético-moral en tanto principio último de justificación de la norma y estableciendo condiciones que permitan objetivar dicha valoración, para no dejarla sometida ni al subjetivismo iusnaturalista ni al escepticismo relativista."³⁴

El efecto que genera separar tajantemente el Derecho de la ética configura una confiscación de la facultad de juzgar, en tanto que no permite que esta se despliegue en su totalidad, reduciéndola a uno de sus niveles, la subsunción formal. Éste presupuesto junto a la neutralidad valorativa que se pretenden combatir fueron la matriz del genocidio moderno.³⁵

Uno de los grandes aportes del *iusconstructivismo* es que permite hacer explícitos los fundamentos éticos, y por lo tanto la responsabilidad ante las propias acciones.

³³ Nino, Carlos, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Ed. Siglo veintiuno, 2013, pp. 152.

³⁴ Feierstein, Daniel *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Ed. FCE 2015, pp. 43.

³⁵ *Ibidem*, pp. 73.

De esta manera "la propuesta implica asumir que los jueces [toda persona también] aplican su criterio moral y que su acción se ve atravesada por infinidad de variables que en modo alguno ilegitiman sus resultados ni afectan su vocación de objetividad."³⁶ Siempre "los jueces (...) asumen un compromiso moral, toman una posición moral, recurren a ciertos principios morales."³⁷

El reconocimiento de la existencia del genocidio en Argentina ayuda -consciente o inconscientemente- a los operadores jurídicos a que su capacidad de juzgar no se escinda de su humanidad, de su responsabilidad, generando efectos en los modos de comprensión del pasado analizado [representaciones] e influyendo de manera determinante esta situación en su capacidad de juzgar³⁸.

La calificación en el proceso penal

Los diversos modos de calificar los crímenes de Estado cometidos en Argentina durante la última dictadura implican subjetivamente posicionamientos distantes, pero socialmente también tienen efectos discordantes. No resulta lo mismo en cuanto a sus efectos sociales de construcción de memoria colectiva nombrar los hechos como delitos de lesa humanidad o como genocidio en tanto que la denominación como delitos de lesa humanidad permite o facilita desprender al crimen de su contenido político. El desprendimiento de la principal característica del crimen es uno de los grandes escollos en la búsqueda por la verdad ya que no permite visibilizar, y por tanto representar, al crimen en su real magnitud. Queda ausente el mayor de los crímenes que se cometió, que no es la suma de los delitos individuales. Por ello se plantea la figura de Genocidio. Dicho concepto, tal y como fue pensado por su propulsor, implica la aniquilación de la identidad del grupo mediante métodos coordinados y aberrantes, mostrando el crimen Estatal en su totalidad, restituyéndole importancia a los tremendos efectos degradantes que ese crimen produce al grupo nacional.

A pesar de que no sólo es mediante el Derecho y la calificación jurídica que se denomina a los hechos ocurridos, es este sin embargo, el único discurso que tiene la capacidad de modificar la realidad a partir de solo pronunciamiento. Rita Segato resalta la capacidad del Derecho de otorgar estatus de realidad con su mera enunciación. Por su sola nominación instituye existencia³⁹. De esta manera, los discursos sociales en torno a la denominación de lo ocurrido se verá influido, prefigurado, por lo que el Derecho entiende que sucedió.

Las diferentes representaciones que acarrear los diversos modos de calificación jurídica y los distintos efectos en la construcción de la memoria colectiva se basan sobre todo en que "la diferencia con los crímenes de lesa humanidad a secas es que en el genocidio se propone la destrucción de un grupo, y no sólo los individuos que conforman a un 'grupo' (...) [en los delitos de lesa humanidad] la condición de las víctimas: [es] indiscriminadas, [en tanto que en el genocidio es] discriminadas"⁴⁰ y "siendo el derecho un aporte

³⁶ *Ibíd*em, pp. 227.

³⁷ Nino, Carlos *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Ed. Siglo veintiuno, 2013, pp. 164.

³⁸ Para un análisis al respecto vease la obra de Daniel Feierstein "Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II. Ed. FCE 2015

³⁹ Thus, Valeria *Resistencias en torno a la calificación jurídica de genocidio en el caso argentino*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II N° 2, pp. 74.

⁴⁰ Ferreira, Marcelo *El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'* Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II N° 8, pp. 86.

elemental a la elaboración intersubjetiva de la experiencia traumática del terror genocida⁴¹ resulta imperioso que los operadores jurídicos tomen consciencia de la tarea que tienen en sus manos, ya que es en la escena jurídica donde se producen las diversas verdades y representaciones que luego marcarán, entre otros, la configuración de los marcos sociales de la memoria, sobre los que luego operará la facultad del juicio.

Análisis a partir de sentencias judiciales

La idea de este apartado es mostrar cómo es posible la admisión de distintos criterios por parte de los juzgadores entendiendo tal posibilidad en tanto que los jueces, como todo ser humano, al momento de valorar se ven abarcados por sus concepciones éticas, influyendo estas en sus decisiones.

La causa 1964 "Lopez" del TOF 5 de la Capital Federal, en la que se dictó sentencia el 1 de febrero del año 2016, resulta ilustrativa del retroceso en materia de comprensión de los crímenes sucedidos, ya que en el análisis efectuado los jueces vuelven a centrarse exclusivamente en el delito de lesa humanidad, que, como se decía, entre otras cosas, implica entender que sólo hubo violaciones a los derechos de los ciudadanos.⁴²

Los jueces no realizan ningún tipo de análisis para dilucidar si lo que ocurrió fue un genocidio y los fundamentos son semejantes a los de las primeras sentencias pronunciadas, momento en el cual aún no había precedentes de análisis de lo ocurrido en términos de genocidio, discusión que se inició recién en el año 2006 por parte de la querrela Justicia ya!⁴³

Hasta ese momento solo se tenía como precedente jurídico pronunciamientos que entendían que lo que ocurrió fueron delitos de lesa humanidad, tal y como lo había establecido la Corte Suprema en los fallos "Simon" (2005) y "Arancibia Clavel" (2004), causas que permitieron la apertura de los juicios. Estos precedentes se toman en cuenta en la causa Lopez para entender los hechos en el marco del delito de lesa humanidad, lo que nos muestra el alto nivel de influencia que posee el discurso del Derecho en la esfera no sólo social si también judicial (denominados precedentes jurisprudenciales), pero que también sirven a los fundamentos políticos.

Resulta paradójico sobre todo que los jueces aclaren que a pesar de ser un juzgamiento aislado, igual lo juzgarán como delitos de lesa humanidad. Es lamentable y muy preocupante dicha advertencia ya que pone de manifiesto que luego de todo por lo que la sociedad argentina atravesó y atraviesa producto del terror genocida deba pagar las consecuencias de la impunidad⁴⁴ porque el sistema de juzgamiento no fue pensado para tales crímenes. Son los propios jueces los que reconocen el corset jurídico y político.

Dicha operatoria nos confirma la importancia en la elaboración de las representaciones y en el modo de juzgar que tiene el Derecho, y lo difícil que resulta a los jueces la empatía con lo sucedido. Ello es así en tanto que "la aceptación de la existencia o inexistencia de un genocidio podría afectar el juicio moral de los

⁴¹ Feierstein, Daniel *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Ed. FCE 2015, pp. 253.

⁴² *Ibidem*, pp. 145.

⁴³ Revista *Tela de Juicio. Debates en torno a las prácticas sociales genocidas*. Equipo de Asistencia Sociológica a las Querellas (EASQ), Vol I Año I, 2015, pp. 31.

⁴⁴ Impunidad en tanto se juzga con lo que se tiene, restándole importancia a los procesos creativos del ámbito público para mejorar la calidad de sus intervenciones.

jueces actuantes, produciendo efectos en las formas en que tales jueces comprenden los hechos bajo análisis y, en consecuencia, en la elaboración de sus sentencias."⁴⁵

En la causa conocida como "Dupuy", tramitada ante el TOF 1 de La Plata, y cuya sentencia es del 13 de octubre de 2010, uno de los grandes inconvenientes que se manifiesta, como en tantas otras, es que si lo que sucedió en Argentina tuvo como objetivo la reconfiguración de los lazos sociales, el análisis de la adecuación típica no puede limitarse a estudiar las acciones producidas sólo en los hechos bajo análisis de la causas. Esto porque lo producido por las acciones llevadas a cabo por el Estado [y aliados] no engendran solamente el daño a la persona torturada o perseguida, sino que el mismo se extiende de diversas maneras a todas las personas del grupo nacional que fueron también víctimas del delito de genocidio.

Dicha afirmación nace de las dimensiones que tales crímenes tienen y de la particularidad del victimario, ya que si bien un delito común puede llegar a tener repercusión y afectar a otras personas por fuera de la materialidad concreta del daño que se analiza en la instancia judicial, este nunca podrá afectar imaginarios colectivos en tanto delito en sí, y tampoco son perpetrados por el Estado, por lo cual, no son comparables para su análisis.

Marcar la dimensión del daño es una cuestión que debe realizarse no solo en razón de la adecuación de los tipos penales llevados a cabo en el marco del genocidio, sino también en los que estos significan en el marco global de los mismos. Un homicidio con alevosía, como dicen los jueces en la sentencia referenciada, puede ser un delito común y tendrá determinadas particularidades y efectos, en cambio la misma acción en el marco de un plan sistemático de eliminación de grupos por parte del Estado tiene desde su concepción otros muy diferentes que no pueden dejarse de lado. La magnitud de lo que el crimen implica y el por qué es perpetrado no pueden estar ausentes en juzgamiento si queremos avanzar en el conocimiento de lo que sucedió.

Superar la comprensión individual de los crímenes como el juzgamiento fragmentado de las causas es parte del desafío.

Los jueces de la causa Dupuy entienden que lo sucedido se enmarca dentro del concepto de "grupo nacional" tal como es definido en la Convención, y que, de "todo lo señalado surge irrefutable que no estamos como se anticipara ante una mera sucesión de delitos sino ante algo significativamente mayor que corresponde denominar 'genocidio'."⁴⁶

De esta manera se condena por la comisión de delitos de lesa humanidad en el marco de un genocidio, pero ninguna apreciación se realiza respecto a lo que verdaderamente significa la comisión de este crimen [de hecho de las 600 páginas de los fundamentos sólo en 15 se le dedica a analizar crimen de genocidio y el delito de lesa humanidad]. No hay un fundamento que conecte los delitos particulares que se toman en la causa con el crimen de genocidio lo que se hace notar palmariamente en la parte de determinación de la pena, donde sólo se nombran los delitos particulares. Falta aquí la correspondencia ética y lo que surge es una reproducción de manera inacabada y alejada de algunos de los argumentos que se vienen esgrimiendo en muchas sentencias.

⁴⁵ Feierstein, Daniel *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Ed. FCE 2015, pp. 228.

⁴⁶ Causa N° 2901/09 "DUPUY, Abel David y otros, s/homicidio, tormentos, privación ilegal de la libertad y otros", pp. 541 de los Fundamentos. Disponible en <http://crimenesdeestado.untref.edu.ar/ficha-sentencia.php?s=129&lang=es>

A diciembre de 2014 de las 32 sentencias que receptaron la figura de genocidio, 22 lo reconocen de manera histórica social, y 10 condenan por ese crimen⁴⁷. Del total de las 134 sentencias a esa misma fecha, 102 califican como delitos de lesa humanidad⁴⁸. En 2012 y 2013 fueron los años en los cuales hubo mayor aumento de reconocimiento del crimen de genocidio, y puede pensarse junto a Feierstein que "las razones para impedir la calificación como genocidio ha comenzado a resquebrajarse."⁴⁹

Ha ocurrido que a pesar de los pedidos de las querellas a condenar por genocidio muchos tribunales simplemente no responden⁵⁰ como por ejemplo la causa "Simón" del TOF 5 de la CABA con sentencia del 04 de Agosto de 2006, del mismo tribunal que la causa "Lopez" antes analizada. Por otro lado, se han esgrimido diferentes argumentos para no hacerlo, como el principio de legalidad, la falta de tipificación en el derecho interno o la falta de tipificación de los grupos políticos en la Convención.

En relación a la tipicidad podemos ver como en la Causa Reinhold 2008 del TOF de Neuquén, los jueces entienden que el alcance que las normas de la Convención le dan a la enumeración de los grupos protegidos hace que extenderla más allá, por más necesario que parezca para castigar actos de barbarie, sea utilizar la analogía "In malam parte."⁵¹. Para los jueces el grupo identificado como víctima no lo es en tanto grupo nacional, sino como sub-grupo de éste, y cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse a las directivas del criminal. El grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su oposición al régimen.

Esta interpretación introduce y legitima el discurso genocida al eliminar al grupo perseguido de la nacionalidad a la que pertenece, y declara abiertamente que no pueden ser juzgados los hechos como genocidio, avalando con ello la negación del grupo a la existencia, en tanto fueron perseguidos por su oposición a los criminales. Este fallo muestra palmariamente como las posturas personales éticas de los juzgadores repercuten en su análisis y fundamentos esgrimidos en los fallos.

En la mega causa ESMA II del 2011 el TOF 5 entendió que no se puede aplicar la figura de genocidio por no estar comprendidos los grupos políticos. Los jueces le recomiendan al Estado Argentino intervenir para producir la corrección en la Convención a los efectos de que se incluyan los grupos políticos, para lo cual ordena enviar oficio a la CSJN.⁵² Aquí se observa como la valoración ética de lo pronunciado influye no en la calificación jurídica sino en la necesidad de que, al menos, más adelante ocurra.

En relación al principio de Congruencia la Causa Guillamondegui del 2011 el TOF 1 de la CABA entiende que se viola dicho principio, afectando el derecho a la defensa en juicio, si se modifica la calificación jurídica. Lo que resulta paradójico es que se arguye tal violación, y por tanto no se aplica la calificación de genocidio, a pesar de que el Dr. Yazón había solicitado la elevación a juicio en los mismos términos que en

⁴⁷ Revista *Tela de Juicio. Debates en torno a las prácticas sociales genocidas*. Equipo de Asistencia Sociológica a las Querellas (EASQ), Vol I Año I, 2015, pp. 26.

⁴⁸ Silveyra, Malena, *El genocidio argentino y sus representaciones. Aportes de los procesos judiciales en la construcción de la memoria colectiva*, Revista Crítica Penal y Poder N° 10, 2016, pp. 31.

⁴⁹ Feierstein, Daniel *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Ed. FCE 2015, pp. 232.

⁵⁰ Silveyra, Malena, *El genocidio argentino y sus representaciones. Aportes de los procesos judiciales en la construcción de la memoria colectiva*, Revista Crítica Penal y Poder N° 10, 2016, pp. 32.

⁵¹ Causa N° 412/08 "REINHOLD, OSCAR LORENZO y otros s/ privación ilegal de libertad, etc.", pp. 659 de los Fundamentos. Disponible en: <http://crimenesdeestado.untref.edu.ar/ficha-sentencia.php?s=108&lang=es>

⁵² Causa N° 1270/09 "DONDA, Adolfo Miguel s/ infracción al art. 144 ter, párrafo 1° del Código Penal -ley 14.616-" y acumuladas 1275, 1276, 1271, 1277, 1278, 1298 y 1299", pp. 1897 de los Fundamentos. Disponible en: <http://crimenesdeestado.untref.edu.ar/ficha-sentencia.php?s=146&lang=es>

el debate acusó a los imputados. Los jueces opinan que no se trata solo de un cambio en la calificación legal, sino que modifica la plataforma fáctica. Ahora bien, en sentido opuesto, los jueces de la Causa Vargas del 2014 TOF Jujuy, esgrimieron que los cambios en la calificación jurídica en los requerimientos no infringen el principio de congruencia porque la plataforma fáctica por la que fueron indagados y procesados los imputados coincide con lo explicitado en el requerimiento de elevación a juicio. El requisito de indagar por el delito de genocidio no es necesario ya que la imputación se hizo sobre la sumatoria de delitos particulares, que en su conjunto pueden calificar como delito de genocidio o de lesa humanidad.

Los jueces desde su función, como bien nos dice Ferrajoli, pueden realizar múltiples interpretaciones en relación a la verdad jurídica y a la verdad opinable de las premisas normativas. Esto quiere decir que es el juez quien tiene el poder de elegir la que considera más apropiada mediante una decisión discrecional.⁵³ Las decisiones que realizan los magistrados al momento de fallar -en todas, pero en este caso respecto de- si hubo o no genocidio en la Argentina, más allá del fundamento jurídico que se brinde, resulta una decisión por sobre todo política, y en consecuencia opinable.

Por otro lado, no ha sido debatido el hecho de que aún en las sentencias que se califica como genocidio, y más allá de que se haga alusión al grupo nacional como el afectado, luego sólo tienen en cuenta las víctimas de los hechos concretos materia de debate. Como lo plantea Feierstein, es el concepto de grupo nacional de la Convención el que "permite abordar una dimensión oculta pero fundamental de la violencia masiva estatal como es la de producir transformaciones identitarias a través del terror infundido *en el conjunto de la población nacional*"⁵⁴ De esta manera, continua el autor, "se logra involucrar en la afectación a la población argentina *como tal*, ya no en tanto individuos sino en tanto miembros de una colectividad, la cual se encuentra afectada por el aniquilamiento y el terror implementados [...] la idea de que lo que se buscó destruir fue al 'propio' grupo permite sentir la ausencia del otro como ausencia de una parte de sí (de mí, de nosotros) y desalinearse la separación entre víctimas directas y sociedad."⁵⁵

En la Casua Vaňek del 2015 del TOF de La Plata se condenó por delito internacional de genocidio. Algunos fundamentos muy interesantes de la sentencia alegan que mediante la dictadura se impuso la muerte y destrucción y se buscó implementar su programa ideológico, político, económico y cultural,⁵⁶ esto es, "instalar un clima de terror y de disciplinamiento social (que tuvo como objetivo) la aplicación contemporánea y posterior de políticas socio económicas de desigualdad, transferencia de recursos y modificación sustancial del reparto de ingresos entre los diversos sectores sociales."⁵⁷ Aquí ya podemos apreciar que el crimen no puede reducirse a los daños de los cuerpos concretos hostigados, torturados, desaparecidos.

⁵³ Feierstein, Daniel *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Ed. FCE 2015, pp. 130.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 154.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 154.

⁵⁶ Causa N° 17/2012/TO1, caratulada "Vaňek, Antonio y otros s/ infracción al artículo 144 bis inc.1°", pp.576 de los Fundamentos. Disponible en: <http://crimenesdeestado.untref.edu.ar/ficha-sentencia.php?s=211&lang=es>

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 299.

Muy acertadamente continúan los jueces diciendo que el genocidio desarticuló "las instituciones de pertenencia de los sectores del trabajo (...) y tuvo como objetivo el diseño de una nueva sociedad en las que sectores enteros quedaron indefensos y disgregados frente a la concentración del poder económico."⁵⁸

Declaran que aún hoy se observan las consecuencias en el entorno social, lo cual lo denominan, siguiendo a Sousa Santos, fascismo social, que tiene su raíz en el "surgimiento de relaciones sociales que generan desigualdades tan acentuadas entre los ciudadanos o los grupos sociales, que poco valen las salvaguardias de la democracia para defender a los ciudadanos o grupos oprimidos en el seno de esas relaciones. Estos ciudadanos o grupos viven bajo microdictaduras en su cotidianidad y en las relaciones sociales, pese a que en el plano político sean ciudadanos libres e iguales en el ejercicio formal (pero no real) de los derechos democráticos."⁵⁹

Para estos jueces lo que se buscó mediante la represión fue disciplinar a la sociedad, y sobre todo a aquellos grupos más dinámicos y contestatarios, por lo que "no fue el resultado de un plan irracional y sin sentido" [sino que] tuvo un objeto claro, que fue la reformulación de la estructura social argentina y hubo sectores económicos y sociales, que no sólo se vieron beneficiados, sino que incentivaron, sostuvieron y aprovecharon del accionar genocida."⁶⁰

En el apartado correspondiente a la mensuración de la pena⁶¹ los jueces en su análisis van más allá de los daños concretos de las víctimas de los hechos llevados a la causa, e incorporan los daños que esas materialidades generaron. De todas formas, los análisis jurídicos que se realizan de los hechos, aún cuando se lo encuadre en el concepto de genocidio, no llegan a abarcar la profundidad y actualidad de los graves efectos que a nivel de lazos sociales tuvo y tienen en el grupo nacional.

En esta causa, que tiene un análisis por demás trascendente de lo que significa en la totalidad del grupo nacional la perpetración de un crimen como el genocidio, no termina de incorporar todas las dimensiones desarrolladas en la calificación. Si bien es por demás acertado el desarrollo, y se lo comparte, no adjudica ningún tipo de responsabilidad al respecto. El fructífero análisis sociológico, político, económico y cultural realizado para comprender el crimen queda, de esta manera, sólo en eso.

En busca de una dogmática penal acorde

Este crimen es un delito complejo que por un lado implica la comisión de actos previstos en el art. 2 de la Convención, pero por el otro, engendra otros cursos de acción que tienen efectos sobre la totalidad del grupo víctima. Dichos daños materiales y simbólicos que se producen en el momento de la perpetración y posteriormente, si bien no todos son directamente manipulables por los victimarios, si forman parte de la intencionalidad, siendo ésta un requisito formal del tipo.

En la calificación jurídica del fallo antes visto⁶² los jueces incorporan el análisis del genocidio para decir que hay coautoría de los imputados. Sin embargo entienden que "en el marco del genocidio perpetrado se ha

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 299.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 299.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 300.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 486 y ss.

⁶² *Ibidem*, pp. 430.

privado ilegítimamente de la libertad, aplicado tormentos, cometido homicidios y se ha desaparecido forzosamente a personas" lo que demuestra la gran dificultad a la que se enfrentan hoy los jueces para poder profundizar en las implicancias reales del delito de genocidio, ya que no pueden terminar de enlazar los delitos que formaron parte del medio para cometer el genocidio con el crimen de genocidio en sí.

Y se verá a su vez, en el análisis de la intervención delictiva, un claro límite para poder adjudicar los daños concretos del genocidio, sus tremendos efectos sociales disgregantes. Esto, como se decía, producto de la ineficiencia de la teoría jurídica tradicional para comprender delitos masivos y sistemáticos cometidos por el propio aparato Estatal en cuyos casos la consecuencia deja de ser la afectación a bienes jurídicos individuales, pasando a ser estas afectaciones el modo de afectar bienes jurídicos simbólicos comunitarios (lazos sociales recíprocos, autonomía, solidaridad), y cuya concreción permite afectaciones a bienes jurídicos materiales comunitarios (medidas económicas, culturales, sociales que producen lo que Sousa Santos denomina fascismo social).

Se producen profundas restricciones al no poder incorporar todas las dimensiones que el genocidio engendra, lo que permite excluir todos los hechos que configuraron la intención.

De esta manera, en el fallo Vaňek (pero como en todas las demás causas que se califica como genocidio) se condena por el "delito internacional de genocidio, como parte del plan criminal cometido por todos ellos, [pero en definitiva, se termina condenando sólo] por su participación en diferentes grados, en la comisión de delitos tipificados en el derecho interno"⁶³, que surge claramente del desarrollo de la atribución de responsabilidad penal que los jueces hacen de cada imputado.⁶⁴

Conclusiones

La apuesta no es sencilla y no se encuentra libre de contradicciones, errores, divergencias. Pero si se anhela un mundo más justo y libre de violencia el camino, sin embargo, debería considerarse. La ética como umbral puede permitir generar, al menos, un consenso básico: la protección de la vida humana, de toda vida humana. Proponemos aquí quitarle al derecho su corset de ciencia neutra y objetiva, condimentar a la ciencia jurídica de realidad mediante un análisis ético transversal de la sociología, economía y demás saberes, para que interactúen y lo nutran. Despojar lo humano de toda la violencia para construir un mundo digno de ser vivido.

" Dígase 'hombre' y ya se dicen todos los derechos"

José Martí

⁶³ *Ibidem*, pp. 479.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 400 y ss.