

SOBRE EL GENOCIDIO, UNA ENTREVISTA A DANIEL FEIERSTEIN¹

ON THE GENOCIDE, AN INTERVIEW WITH DANIEL FEIERSTEIN

SOBRE O GENOCÍDIO, UMA ENTREVISTA COM DANIEL FEIERSTEIN

Carolina Y. Andrada-Zurita²

Gisela Gonnet³

Paul Esteban Campoverde Tello⁴

Fecha de recepción: 12 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 25 de junio de 2021

RESUMEN

En esta entrevista, Daniel Feierstein, sociólogo argentino con amplia trayectoria en estudios sobre el genocidio, repasa los temas principales de su propuesta iusconstructivista y los aportes que tiene en la sociología y en el derecho. Tras un breve recorrido por su historia personal y las inquietudes intelectuales, Feierstein aborda la explicación del desarrollo psicogenético de la construcción del juicio moral tomando como referentes teóricos a Jean Piaget y Norbert Elías para llegar a la disyuntiva entre el derecho positivo y la teoría del derecho iusnaturalista. La propuesta iusconstructivista se inspira en la teoría del constructivismo moral de Carlos Nino, en la que Feierstein presenta su punto de vista sobre el camino actual del derecho penal en el mundo, haciendo referencia a juristas como Günther Jakobs y Luigi Ferrajoli y a casos prácticos como el

¹ Licenciado en Sociología y Dr. en Ciencias Sociales por la UBA. Investigador del CONICET. Profesor en UNTREF (donde dirige el Centro de Estudios sobre Genocidio) y UBA (donde dirige el Observatorio de Crímenes de Estado). Fue presidente de la *International Association of Genocide Scholars* y actualmente integra el Tribunal Permanente de los Pueblos.

² Licenciada en Filosofía por la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina), estudiante de Abogacía en la misma casa de altos estudios y Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina), con filiación en ambas unidades académicas. E-mail: carolinayandradazurita@gmail.com

³ Estudiante avanzada del Profesorado en Filosofía por la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina). E-mail: gisela.gonnet@gmail.com

⁴ Abogado por la Universidad Católica de Cuenca (Ecuador) y doctorando en Filosofía con filiación en el Centro de Estudios del Siglo XX del Depto. de Humanidades de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina). E-mail: paul.campoverde.tello@gmail.com

colombiano y mexicano. La entrevista aborda de manera central el tema de los crímenes de Estado, concretamente los conceptos de lesa humanidad y de genocidio, citando a los juicios de Núremberg, las convenciones internacionales, a Raphael Lemkin como referente teórico. Casos como los juicios argentinos sobre los delitos de Estado cometidos en la dictadura y la comparación de los regímenes democráticos del siglo XXI de Colombia y México con los del siglo XX son analizados bajo la teoría de los dos demonios y el concepto de genocidio. Para finalizar, la propuesta iusconstructivista aporta a los casos de juzgamiento de genocidio y su percepción sobre la norma, la cual puede aplicarse al caso más actual sobre los límites de restricción y el error de equiparar esta función de la norma en gobiernos de hechos con las medidas gubernamentales tomadas frente a la pandemia mundial del COVID-19.

Palabras clave: Genocidio, Lesa Humanidad, Iusconstructivismo, Iuspositivismo, Iusnaturalismo.

ABSTRACT

In this interview, Daniel Feierstein, an Argentine sociologist with extensive experience in genocide studies, reviews the main themes of his iusconstructivist proposal and the contributions he has in sociology and law. After a brief tour of his personal history and intellectual concerns, Feierstein addresses the explanation of the psychogenetic development of the construction of moral judgment, taking as theoretical references Jean Piaget and Norbert Elías to reach the dilemma between positive law and the theory of natural law. The iusconstructivista proposal is inspired by Carlos Nino's theory of moral constructivism, in which Feierstein presents his point of view on the current path of criminal law in the world, referring to jurists such as Günther Jakobs and Luigi Ferrajoli and practical cases such as Colombian and Mexican. The interview centrally addresses the issue of State crimes, specifically the concepts of crimes against humanity and genocide, citing the Nuremberg trials, international conventions, and Raphael Lemkin as a theoretical reference. Cases such as the Argentine trials on state crimes committed during the dictatorship and the comparison of the democratic regimes of the XXI century in Colombia and Mexico with those of the XX century are analyzed under the theory of the two demons and the concept of genocide. Finally, the iusconstructivista proposal contributes to the cases of trial of genocide and its perception about the norm, which can

be applied to the most current case on the limits of restriction and the error of equating this function of the norm in de facto governments with the Government measures taken in the face of the global COVID-19 pandemic.

Keywords: Genocide, Against Humanity, Iusconstructivism, Iuspositivism, Iusnaturalism.

RESUMO

Nesta entrevista, Daniel Feierstein, sociólogo argentino com ampla trajetória em estudos sobre o genocídio, repassa os principais temas da sua proposta iusconstrutivista e as contribuições que tem na sociologia y no direito. Depois de um breve percurso sobre sua história pessoal e preocupações intelectuais, Feierstein aborda a explicação do desenvolvimento psicogenético da construção do julgamento moral se baseando nos teóricos Jean Piaget e Norbert Elias para chegar à disjuntiva entre o direito positivo e a teoria do direito iusnaturalista. La propuesta iusconstructivista se inspira en la teoría del constructivismo moral de Carlos Nino, en la que Feierstein presenta su punto de vista sobre el camino actual del derecho penal en el mundo, haciendo referencia a juristas como Günther Jakobs y Luigi Ferrajoli y a casos prácticos como el colombiano y mexicano. A entrevista aborda a questão dos crimes de Estado, concretamente os conceitos da humanidade e do genocídio, citando os juízos de Nuremberga, as convenções internacionais e a Raphael Lemkin como referencial teórico. Casos como os julgamentos argentinos sobre os delitos de Estado cometidos na ditadura e a comparação dos regimes democráticos do século XXI, da Colômbia e do México com os do século XX são analisados sob a teoria dos dois demônios y o conceito de genocídio. PARA terminar, a proposta iusconstrutivista traz aos casos de julgamento de genocídio e sua percepção sobre a norma no caso mais atual sobre os limites de restrição e o erro de equiparar esta função da norma em governos com as medidas governamentais tomadas frente à pandemia mundial do COVID-19.

Palavras-chave: Genocídio, Lesa Humanidade, Iusconstructivismo, Iuspositivismo, Iusnaturalismo.

Cómo citar: Andrada-Zurita, C. Y., Gonnet, G. y Campoverde Tello, P. E. (2021). Sobre el genocidio, una entrevista a Daniel Feierstein. *Revista Pares*, 1(1), 89-107.

Paul Campoverde Tello (PCT): Daniel, si bien tienes una trayectoria importante y bastante conocida, quisiera partir preguntando, ¿cómo empezó tu interés por los estudios sobre el genocidio?

Daniel Feierstein (DF): ¡Uy!, ¡qué pregunta! Empezó muy temprano, casi te diría “la historia de una vida”, por varios elementos. Por un lado, mis padres se van cuando yo era muy chico, tenía 4 años, deciden ir a vivir a Israel justo en el momento de la guerra de Yom Kippur, en el día del perdón, en el año 1973. Yo pasé esa guerra en la frontera norte en un bunker por lo cual tuve una relación muy cercana con la guerra, con la muerte, la catástrofe. Y, por otro lado, cuando volvimos... ellos decidieron volver a la Argentina hacia el 74 (mediados del 74), con lo cual nos tocó después la última dictadura con todo su proceso de destrucción. Entonces diría también que me atravesaron desde muy chico estas dos experiencias: una, incluso, familiar, que es en tanto judío, fue el atravesamiento del proceso del genocidio nazi, a través de todas las historias familiares. Por otro lado, esta experiencia en la guerra; y, por otro lado, la dictadura argentina, fueron elementos que hicieron que ya, promediando mi carrera académica, mis estudios como sociólogo, el tema que me interesaba era básicamente entender la lógica de esos procesos de destrucción y básicamente porque no me conformaban las respuestas que se daban en ese momento. A fines de los años 80, comienzos de los años 90, empezaban a difundirse muchas películas, mucha producción sobre el genocidio nazi, pero estaban muy en la clave de la crueldad, la maldad y no en la posibilidad de entender por qué se repetían fenómenos de aniquilamiento de la población de modo sistemático, y un poco lo que estaba detrás de toda mi interrogación era tratar de entender el genocidio como práctica social. Tratar de entender el terror como una tecnología de poder. Y te diría que eso, a fines de los 80, comienzo de los 90 empieza a constituir toda mi trayectoria de investigación. Mi primer libro lo publiqué con una serie de ensayos para tratar de entender unas cuestiones del nazismo desde otra mirada que fue en el año 97, fue *Cinco estudios sobre el genocidio*. Fue el primer libro que publico sobre el tema y de ahí en adelante, tratar de encontrar distintas aristas y analizar distintas características de procesos genocidas. Primero, en el caso del nazismo, después en el caso de Argentina, de América Latina, y luego estudios comparados de procesos en todo el mundo.

PCT: ¿Y este estudio cambió tu vida personal, tu vida familiar, no solo lo académico?

DF: A ver. Sí. Qué sé yo. Uno trata de mantenerlo como disociado, pero es muy difícil con lo cual sí al estar tantos años metido en el tema, bueno, hay como todo un vínculo. Por un lado, desde mi propia militancia desde muy jovencito, desde la escuela secundaria en el movimiento de Derechos Humanos. Porque por ahí, otra cosa que no te contaba, es que yo comencé a trabajar en los centros de estudiantes secundarios, todavía al final de la dictadura, cuando tenía 14 años o 15 años, y, un elemento central de lo que hacíamos era tratar de denunciar los crímenes de la dictadura, entonces ya desde ese momento tenía ya mucha relación con todo lo que fue el movimiento de Derechos Humanos en Argentina, con lo cual atravesó mucho mi vida personal también. A veces se vuelve un poco difícil ese proceso de disociación, de no estar todo el día con la cabeza metida en esto, después de más de treinta años de trabajo en el tema. Pero no sé si diría que lo afectó, le dio una característica particular. Es un modo específico que atraviesa toda mi vida.

PCT: A parte de toda tu carrera y experiencia personal, tus aportes han sido importantes para áreas diferentes a la sociología como el derecho, a través de tus propuestas iusconstructivistas, quisiera que nos cuentes un poco cómo fue este camino intelectual y teórico hacia las teorías del derecho.

DF: Eso es interesante Paul, porque es bastante más nuevo, fue todo un proceso, pero muy rico que se fue dando, porque cuando yo empiezo a trabajar estos temas, los empiezo a trabajar básicamente desde mi mirada que era la sociología. Y finales de los 80, comienzo de los 90, como te decía, toda la década de los 90, es una mirada eminentemente sociológica. Después de la publicación de varios trabajos míos y la apertura de las causas de Argentina y Chile en la Audiencia Nacional en España y digamos de todo lo que se iba construyendo de ese movimiento de Derechos Humanos es que, me empezaron a reclamar desde el ámbito jurídico, que muchas de las cosas que yo planteaba resultaban muy útiles para las causas judiciales y entonces me tuve que empezar a meter. Yo soy una persona muy curiosa y a la vez muy sistemático, cuando necesito entender algo, necesito entenderlo bien. Bueno, como me decían lo que estás haciendo es importante para el derecho, tenía que aprender derecho y me tuve que poner a estudiar derecho penal,

filosofía del derecho, para poder comprender mejor por qué les parecía importante lo que estaba haciendo y cómo podía ayudar y fue muy rico ese proceso porque efectivamente permitió darle otro vuelco al análisis. Porque, ¿qué pasaba? El derecho tenía que lidiar con una categoría de grupo, que está en la figura de genocidio, una categoría en la que el derecho nunca había pensado, entonces, necesitaba a las ciencias sociales para poder entender cómo analizar esa figura de grupo, pero muchos de los análisis jurídicos eran muy malos, desde el punto de vista sociológico, porque en general los abogados saben poco de ciencias sociales. Ahora, para poder ayudar a ese análisis no alcanzaba con las ciencias sociales, sino que, cuando uno habla con otra disciplina tiene que manejar los dos lenguajes, porque si no, no se puede entender. Entonces tuve que empezar a aprender en serio derecho penal y filosofía del derecho, de hecho, ahora dicto clases en el doctorado de derecho de la Universidad de Buenos Aires, porque tuve que ponerme a ver qué podía aportar y para ver qué podía aportar tenía que entender el lenguaje del derecho y eso dio lugar a un montón de desarrollos y esto que me preguntabas del iusconstructivismo, es algo como muy posterior, esto recién lo desarrollo en un libro que se llamaba *Juicios*, que apareció en el 2015. O sea, fijate que, entre 15 y 20 años después del inicio de todo este diálogo con el derecho que al meterme más y más, sobre todo en filosofía del derecho veía que, una cosa que obstaculizaba el avance de los procesos de juzgamiento, era como un falso dilema, que el que lo había trabajado bien es un jurista muy lúcido argentino, que es Carlos Nino, pero que no le había llegado a dar solución, no había llegado a formular bien el problema que es este debate histórico en la filosofía del derecho, entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, y como dos corrientes y una tensión, que no se terminaba de resolver, porque, por un lado, el iusnaturalismo permitía el despliegue del dinamismo de lo real, pero al costo de la arbitrariedad de imponer como derecho natural el derecho de los sectores dominantes. Y el iuspositivismo había intentado ponerle un límite a esa arbitrariedad del poder, pero el costo que había pagado era destruir el dinamismo, y establecer como una estructura que no se puede mover y que también podía dar lugar a mucha injusticia, por ejemplo, en la imposibilidad de juzgar a los genocidas. Entonces, en este camino en que me inspira Nino, pero que no lo había llegado a desplegar Nino, porque muere muy joven, era buscar una salida a esa contradicción y la idea del iusconstructivismo, tiene que ver con esto, con pensar un modo de interpretación del derecho que permita dar cuenta de los dos desafíos. Esto es, que le dé al derecho la

posibilidad del dinamismo, pero que ese dinamismo no tenga por qué seguir la dirección del poder hegemónico, sino que pueda seguir el desarrollo del proceso de abstracción, que es ir de una mayor heteronomía a una mayor autonomía. Ir de una situación de menos igualdad a más igualdad, ir de una situación de menos equidad a más equidad. Esto es establecer algunos elementos que sean más objetivables y que permitan darle una dirección a ese dinamismo que pueda justificarse de un modo que no es el del derecho natural, pero tampoco, el del derecho positivo.

PCT: En tus libros siempre abordas esto, dices, desde el desarrollo psicogenético de la construcción del juicio moral... es decir, desde ahí partes para llegar a esta disyuntiva entre el derecho positivo y derecho natural. ¿A qué te refieres cuando mencionas este desarrollo psicogenético del juicio moral?

DF: Bueno, básicamente, a los trabajos en lo que hace a lo psicogenético, como Jean Piaget... después, en una perspectiva más sociogenética, fueron trabajados también por Norbert Elías, un gran sociólogo alemán, tiene que ver con entender cómo la humanidad fue transformando a partir de crecientes niveles de abstracción su concepción de justicia. ¿Sí? Esto es: nosotros podemos tener como dos recorridos, un recorrido es lo que te decía, ¿cómo esa concepción de justicia se impuso a través de distintos órdenes? Y esto tiene que ver con el ejercicio del poder, ¿cómo dominó cada sector a lo largo del tiempo? Ahora, un segundo recorrido que a mí me parece mucho más rico es, cómo a medida que nos vamos complejizando como seres humanos, a medida que vamos creciendo, esto es lo que analiza de modo tan interesante Piaget, vamos teniendo mayor capacidad de abstracción y por lo tanto va asumiendo cada vez más complejidad y más riqueza nuestro concepto de justicia. Lo interesante es que, entre nuestro nacimiento y el momento en que ya tenemos desarrollada nuestra capacidad de abstracción, que podríamos ubicarla entre los 15, los 16 años, en todo ese periodo, los seres humanos hacemos un recorrido bastante parecido. Podríamos decir que algunos no llegan a los niveles de abstracción más altos, pero en general casi todos vamos haciendo ese recorrido. Entonces, lo rico de Piaget es que encontró ese recorrido; lo pudo encontrar en muy distintos grupos de población que, en este recorrido pueden variar las edades, que en algunos casos hay una etapa que es a los 5 años, en otros es a los 7 o a los 8, pueden variar las modalidades pero no varía el

recorrido por estas distintas nociones en las que identifica 4 grandes momentos en la construcción de cómo se define lo que es justo, que son riquísimos... son riquísimos porque muestran que cada momento es una superación del momento previo, o sea que, esa secuencia va de una heteronomía muy alta. Esto es: lo justo es lo que dice la autoridad, en este caso el padre, puede ser o cualquier autoridad que sería como el caso más elemental de justicia, el más primitivo y que es interesante porque lo hemos visto surgir con el nazismo, por ejemplo, con el *Führerprinzip*, era justamente este caso, como más básico de “lo justo es lo que dice la autoridad”. Un segundo momento que es interesante, porque el derecho positivo es recién ese segundo momento que es “lo justo es lo que dice la ley”, la norma codificada, más allá de lo que dice la autoridad, la norma tiene que estar codificada, es como un paso adelante en relación a la palabra de la autoridad, pero después hay otros dos momentos que el derecho no ha contemplado tanto, que para un niño de más de 9-10 años si lo que dice la norma viola la igualdad, no es justo. Esto es: la igualdad está por encima de la codificación, la codificación puede ser injusta. Y luego hay todavía un momento de abstracción mayor al que la mayoría de los chicos llegan a los 11, 12, 13 años que dice: aún la igualdad puede ser injusta si le da lo mismo al que parte de condiciones distintas, y por lo tanto ahí aparece el concepto de equidad que plantea que, bueno, en realidad, hay un paso superior a la igualdad que es compensar las desigualdades de partida por formas equitativas de distribución que le den más al que más necesita y menos al que más tiene. Ahora, es riquísimo esto y ha tenido algunos desarrollos, no tanto en el derecho penal, por ahí sí en otras formas de derecho, derecho civil, en algunas otras miradas, pero han sido pequeños esos desarrollos y me parece que hay que mucho por explorar ahí, pudiendo aprender de trabajos como el de Piaget, o el de Elías, para diseñar una lógica, una interpretación del derecho, una nueva filosofía del derecho que nos permita dar un paso más que el derecho positivo que sería como este segundo como este segundo nivel muy básico, muy primitivo, que nos salva del capricho y la arbitrariedad de la autoridad pero que todavía no nos acerca tanto a la justicia.

PCT: Tú crees que el conflicto, por ejemplo, entre Hart y Dworkin, que es más o menos parecido... se acerca a la disyuntiva que presentas, aunque claro, la empiezas a responder desde distintos lugares...

DF: Sí, bueno, por eso decía que es una discusión histórica de la filosofía del derecho, ¿cómo fundar la legitimidad de la norma? Y a mí me parece que, efectivamente el positivismo fue un paso adelante si discutía con el iusnaturalismo que legitimaba la arbitrariedad del poder hegemónico. El problema es que muchísimos de los desarrollos de la filosofía del derecho se trabaron en ese lugar. Como que lograron conquistar la instancia del positivismo, pero tuvieron problemas para poder ir más allá, porque claro, siempre el miedo era cómo se justifica una interpretación que ponga en cuestión la positividad de la ley. Entonces parecía que el principio de legalidad era algo absolutamente inamovible porque después de haber vivido toda la arbitrariedad de los fenómenos inquisitoriales... bueno, poner en cuestión el principio de legalidad podría ser retroceder a la Edad Media. Pero bueno, quizás hay que perder un poco el miedo porque si no lo que ocurre, es lo que me preocupa tanto de la discusión en derechos humanos es que sin asumir una postura iusconstructivista, lo que termina ocurriendo es, o la garantía de la impunidad de una serie de genocidas porque es necesario respetar el principio de legalidad o, formas iusnaturalistas encubiertas, ¿sí? como figuras como las de *ius cogens*, que finalmente lo que terminan haciendo es darle un aval (aunque no se lo reconozca como iusnaturalista), al iusnaturalismo, que después puede ser aplicado justamente para arrasar con el principio de legalidad. Entonces, lo que recupero de Nino, es justamente esta cuestión de decir bueno, hay que poner el problema sobre la mesa y ver qué resolución se le puede dar que pueda garantizar una mayor justicia sin habilitar la destrucción de los principios conquistados por el movimiento positivista.

***PCT:* En la actualidad, el desarrollo de la teoría del derecho penal ¿hacia dónde crees que está yendo? al menos de nuestra región. ¿Crees que está yendo más hacia el positivismo o está buscando otras formas de interpretar los tipos penales, o los modos de juzgar?**

DF: A ver. Hay tendencias muy contrapuestas, ¿no? Es difícil siempre decir hacia donde está yendo, porque siempre en todo momento histórico está yendo hacia muchos lugares, pero a mí, hay una serie de cuestiones que me preocupan mucho y por eso digo que es necesario poner el problema sobre la mesa; porque mi percepción es que, cuando uno mira más el escenario internacional, el derecho, más bien parece ir avanzando hacia una

destrucción del principio de igualdad ante la ley, hacia un derecho diferenciado. Se me ocurren algunas interpretaciones de Günther Jakobs en relación a la teoría de Niklas Luhmann, de sistemas autopoieticos y centrales. Me parece que comienza a avanzar la legitimación de que el derecho tendría la capacidad de determinar quiénes son sus sujetos y, por lo tanto, la idea de un derecho universal empieza a ser puesta en cuestión a partir de la asunción de universos de ciudadanos con distintas categorías de derecho. Y esto lo estamos viendo avanzar, tanto en distintos países como en el ordenamiento internacional, y me parece que podría tener una enorme gravedad, porque podría llevarse puesto las conquistas del iluminismo. Te diría, de toda esa revolución liberal que planteó la igualdad natural de los seres humanos y el igual derecho al disfrute de los bienes. Y me parece que ahí hay como una relegitimación de órdenes estamentales y de derechos diferenciales que busca construirse desde una formulación jurídica con esta idea de que cada sociedad tiene el derecho de definir quiénes son los miembros que la integran, que puede ser muy preocupante. No sé si la he visto avanzar tanto en nuestra región, quizás Colombia, habría que ver, de alguna manera... pero me parece que es una tendencia con fuerza en Europa, con cierta fuerza en Estados Unidos, y acá hay que prestar atención.

PCT: Eso es importante porque si mencionamos a Jakobs y su derecho penal del enemigo, es una teoría que está siempre criticada por la mayoría de los teóricos del derecho penal, sin embargo, hay mucho de derecho penal del enemigo en los códigos penales del mundo, ¿no?

DF: Exacto, y creciente, hay mucho, pero además se van creando más, por eso decía quizás el ejemplo de Colombia.

PCT: En Ecuador también se ha pretendido reformas de la codificación penal, que tienden al retroceso del garantismo penal, que acá en Ecuador se tomó desde la perspectiva de las corrientes del Derecho Constitucional, pero Ferrajoli que es el principal de los autores que han influenciado de la Constitución ecuatoriana, va cada vez más hacia un positivismo más rígido en sus tratados, tú que lo conoces y lo has leído puedes dar cuenta de ello.

DF: Sí, lo comparto porque creo que está a la defensiva, por eso decía lo complejo que es el dilema. Lo que vamos viendo es que hay muchos autores de derecho, de filosofía del derecho, muy progresistas, que, sin embargo, se van refugiando en el positivismo, como un intento de defensa ante el avance de estas nuevas formas de teoría del enemigo hasta estos recortes del universo del derecho, y me parece que es un problema. Me parece que el desafío no es retroceder sino intentar avanzar. Intentar poner sobre la mesa el verdadero desafío, entender que incluso cambió el carácter del derecho internacional, es una discusión mía muy fuerte con Luigi Ferrajoli, a quien quiero mucho, porque los dos integramos el Tribunal Permanente de los Pueblos, justamente ahora estamos en el mismo jurado que está evaluando justamente sobre la situación de Colombia, que toma 70 años de Colombia, que fue sometido al Tribunal de los Pueblos y estamos en el mismo jurado, y justamente tenemos muchísimo diálogo con Ferrajoli. Pero un tema que yo discuto mucho con él, es que él se ha quedado con la imagen de las Convenciones Internacionales que surgieron en la segunda posguerra, y por lo tanto, que el derecho internacional, el derecho penal internacional era un derecho de avanzada en relación al derecho de los Estados Nacionales, pero eso, a partir de los años 90, a partir del fin de la Guerra Fría, dejó de ser cierto, y lo que nos encontramos es que tenemos Convenciones Internacionales, cada vez más y un tema muy preocupante, es la cuestión del terrorismo, para el caso, podemos ver las discusiones en la Comisión que está trabajando para crear una Convención de Crímenes Contra la Humanidad. Lo que vamos viendo es que el Derecho Internacional está mucho más al servicio de los poderes hegemónicos y termina siendo mucho menos interesante en relación a las líneas que abre, que algunos desarrollo de las Constituciones de los derechos nacionales, y hay un tema, por lo menos desde mi percepción, de una mirada que se ha quedado en los principios que uno podía ver entre mediados de los 40 y los años 70 y 80, y que no ha podido observar todavía con suficiente interés o análisis el giro que ha producido el derecho internacional a partir del fin del siglo XX. Entonces me parece que hay una discusión muy fuerte, porque en Ferrajoli hay esa pirámide que tendría que incorporar en su lugar superior al derecho internacional y eso es muy común en gran parte de los organismos de los Derechos Humanos de muchos de nuestros países. Y yo tengo, enormes dudas sobre eso, sobre someter la constitucionalidad de nuestros Estados, que, en algunos casos, la experiencia de Ecuador, la experiencia de Bolivia ha logrado realmente transformaciones muy significativas, que

no fueron logradas a nivel internacional y me resulta muy preocupante esta lógica de someterlas a la lógica del derecho internacional penal, que está en un proceso inverso, en un proceso de mayor subordinación a poderes hegemónicos a Naciones Unidas.

PCT: Pensando en el iuspositivismo, los Códigos seguirán siendo la mayor fuente de interpretación de los jueces para juzgar, por el tipo penal. Con esto, frente a los crímenes de Estado, definitivamente hay que hacer un análisis entre el concepto de lesa humanidades y genocidio, y otros, como por ejemplo: el terrorismo de Estado en los discursos. Pero en la ley los jueces tienen estas dos posibilidades: la lesa humanidad y el genocidio. ¿Cuál serían los acercamientos que podemos hacer a estos conceptos?

DF: ¡Uy, me metiste con un tema crucial de mi trabajo! Voy a ver cómo hago para responderte y no sea una hora y media (se ríe). Te diría dos o tres cosas. Primero, los dos conceptos surgieron de manera muy distinta, y la genealogía de los conceptos es importante y lo solemos olvidar. El concepto de crimen de lesa humanidad tiene tres problemas muy graves: el primero, es que es un concepto que surge violando la irretroactividad de la ley penal, surge en Núremberg para juzgar a los vencidos en la guerra y con una herramienta penal que no existía en el momento en el que se cometieron esos hechos. Segundo, es un concepto que surge para ser implementado por tribunales militares. Y tercero, el más grave para mí, constituye un tipo penal abierto, porque al introducir como parte de la definición esta expresión que dice “otros actos inhumanos”, le permite a cualquier tribunal, poner bajo esa expresión lo que el tribunal quiera. “Otros actos inhumanos” no es una figura objetivable en el derecho, porque lo inhumano primero que es medio absurdo, porque estamos hablando de actos que cometen seres humanos, entonces, cómo los seres humanos van a cometer “actos inhumanos”. Si son humanos cometen actos humanos, y más si lo cometen muchas veces, pero además esta idea de “inhumano” es una adjetivación, no tiene ninguna objetivación posible. El homicidio es objetivable, porque hay un cuerpo. Una tortura es objetivable porque hay un testimonio y un daño constatable. Una desaparición es objetivable porque la persona no está. Un acto inhumano no es objetivable es una adjetivación, depende de lo que al juez se le ocurra que es eso. Entonces me parece que tiene una gravedad enorme y yo he sido muy contrario

siempre a ese concepto definido de esa manera. El concepto de genocidio es exactamente lo contrario, es un concepto que surge de una Convención Internacional, que tiene cinco incisos absolutamente objetivables y articulados que son los cinco incisos del Art.2: “matar a los miembros del grupo, lesiones graves físicas-psíquicas, someterlos a condiciones que hayan descargado su destrucción, impedir los nacimientos, traslados de niños”. Los cinco incisos son prácticas claras objetivables no hay ninguna adjetivación. Y el problema que tiene que es la famosa discusión de los grupos, ha sido saldado en numerosas jurisprudencias en Argentina, en voto en disidencia en Camboya, en Bangladesh, en algunos de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia, en algunas de las presentaciones en Chile, con lo cual hay mucho debate como para ver cómo se zanja, aprovechando los trabajos del autor del concepto de Genocidio que es Raphael Lemkin, una interpretación más potente del concepto de genocidio. Y en todo caso para aquellos crímenes de estado que no son genocidio, habría que ver cómo construimos una figura legal que dé cuenta de esos crímenes, podría ser *crimen de estado*, pero que sea un tipo penal cerrado, un tipo penal objetivable, que no sea esta sumatoria de “prácticas con comas”, y la apertura a algo tan abierto como “actos inhumanos” que el problema que nos genera y hemos visto en la reacción, por ejemplo, en el caso de Libia, en el bombardeo, la intervención de Libia, habilita incluso intervenciones militares neocoloniales con la excusa de violación de derechos humanos, que por más que se esté cometiendo al ser un tipo penal abierto, permite incluir cualquier práctica que se quiera utilizar como excusa para una intervención militar. Entonces, me parece que ahí hay una serie de problemas fundamentales que tenemos que pensar y que provienen de esa genealogía de esos dos conceptos tan distintos en su surgimiento, en su construcción tipológica y en sus consecuencias.

Carolina Andrada Zurita (CAZ): Teniendo en cuenta lo que has expuesto, ¿Cómo podemos introducirnos en el estudio de los crímenes de Estado?

DF: Bueno, hay muchísimas cuestiones para estudiar, depende de qué disciplina se quiera hacer. Hay un grupo británico que se llama *State Crime Initiative* (Iniciativa de los Crímenes de Estado), que está en *Queen Mary University*, que justamente busca distinguir las distintas características de los crímenes de Estado. Hay un conjunto mucho más

trabajado que tiene que ver con el tema genocidio, realmente el genocidio tiene una tradición de 70 años, te diría, o por lo menos 50, 70 si tomamos los primeros autores más clásicos, pero 50 años de producción muy nutrida, de muchos abordajes históricos, sociológicos, jurídicos, filosóficos, psicológicos. Entonces, por un lado, tenemos todo ese campo de estudios que es enorme y que nos aporta muchísimos elementos y muchísima variedad, que es el campo de estudio sobre genocidio. Después lo que tenemos es todos aquellos crímenes de Estado que no son genocidio, cuando no hay un intento de destrucción sistemática de un grupo de población, cualquiera sea. Y esto ha tenido menos trabajo y me parece que es un desafío mayor, el poder dar cuenta de esto: ¿Qué pasa cuando hay grandes procesos de expropiación masiva de la población o de vinculación con organizaciones criminales, todo lo que ha sido en nuestra región la articulación del aparato estatal con el narcotráfico, lo que ha sido en nuestra región la fuga de capitales, la toma fraudulenta de deuda externa, lo que ha sido en nuestros países fenómenos represivos que no han tenido características genocidas. Esto está mucho menos trabajado, tanto desde las ciencias sociales como del derecho, y por eso decía que grupos como el de *State Crime Initiative* y otros, están empezando desde hace unos diez años, están empezando a tratar de ver cómo clasificar este conjunto de prácticas, cómo analizarlas, cómo darles nombre, cómo comprenderlas, son elementos fundamentales para poder combatirlos.

CAZ: Ahora te voy a trasladar a lo que fue la dictadura argentina y te voy a hacer dos preguntas al respecto. En el contexto histórico, ¿Qué puntos considerarás relevantes para tener en cuenta en los estudios de genocidio para analizar los regímenes de dictadura de Argentina?

DF: A ver...en Argentina hubo un desarrollo muy interesante que tuvo que ver con la resistencia del movimiento popular del movimiento de los organismos de derechos humanos y todos los desarrollos surgieron primero dentro del campo popular y después, trataron de cobrar forma tanto académica como jurídicamente, esto es interesante para pensarlo en otros lugares. El conocimiento no va de los centros de producción científica a la sociedad, sino que es un ida y vuelta permanente. La verdad que el campo académico y jurídico argentino ha aprendido muchísimo del movimiento popular. Y, entonces, en

Argentina se produjeron varios fenómenos novedosos, el primero, tuvo que ver con una profunda resistencia a la impunidad. Argentina tuvo un momento de un primer juzgamiento, después presiones militares fueron llevando a una situación de mayor impunidad que finalmente en el año 89-90, se logró una impunidad total, esto es, se terminan los juicios y además se amnistía a los pocos que habían sido condenados. Y, sin embargo, la sociedad argentina tuvo una década de lucha contra ese proceso y lo logró derrotar, lo logró revertir y logró reabrir procesos de juzgamiento, primero exterior y después en el propio país. Me parece que ahí hubo una lucha crucial, y en esa lucha la capacidad de identificar como genocidio lo que había ocurrido fue una herramienta importante, porque lo que tiene el concepto de genocidio o lo que puede tener como potencia, porque no es que obligatoriamente ocurre, pero tiene la potencialidad de que, si lo pensamos como un intento de destrucción de la propia comunidad, esto nos involucra en el análisis.

Algo que ha ocurrido mucho con los crímenes de Estado para que se piensen como ajenos a la sociedad, es lo que se llama “Teoría de los dos demonios”, es plantear que los crímenes de Estado son un pequeño grupo aniquilando a otro pequeño grupo, y que la sociedad estaría fuera de ese proceso y que en todo caso puede ser más empática con uno o más empática con otro, pero se ajena de lo que ocurrió. La categoría de genocidio pensada como la destrucción parcial del propio grupo nacional te obliga a incluirte en el análisis, a pensar que el terror deja marcas en cada miembro de la sociedad, que por lo tanto no es algo que le pasó a otro, aún, aunque no hayas estado en un campo de concentración, aun cuando no hayas perdido a ningún miembro de tu familia, el terror igual te atraviesa, incluso atraviesa a los que implementan el terror. Cuando alguien se convierte en un torturador, no puede volver a ser la persona que era antes de haber torturado, entonces, el terror atraviesa a todos los miembros de una sociedad: a los que lo implementan, a los que lo sufren de modo directo y a los que lo sufren de modo indirecto, solamente sabiendo que ese terror existe. Me parece que la categoría de genocidio ha ayudado mucho a esto, entonces, es la que le dio potencia a la lucha popular argentina, porque la sociedad se seguía involucrada con eso que ocurrió y no ajena a eso que ocurrió.

CAZ: Del análisis que hacés en tus estudios sobre las sentencias argentinas en el siglo XXI, ¿Qué considerás de más relevancia para entender el genocidio desde la perspectiva del derecho penal y la sociología?

DF: Esto que te decía, el elemento riquísimo de las sentencias en la Argentina es que han podido, primero, hacer una interpretación distinta de la Convención sobre Genocidio, fundarla con mucha solidez y que eso convenciera a muchos tribunales distintos. Nosotros en Argentina no estamos hablando de un tribunal que hizo algo específico, sino que estamos hablando de una forma de interpretación de la Convención que si bien es minoritaria en la Argentina, porque diría que es un poco más del 20% de las causas, y el 20% de los tribunales, son muchísimas causas y muchísimos tribunales integrados por jueces distintos, con lo cual, se abrió una discusión que se da básicamente en función de qué tipo de argumentación logra convencer a más conjunto de jueces. Ya no se trata de un juez o un tribunal, sino que se trata de una discusión riquísima a nivel conceptual. Entonces, esto, por un lado, pero por otro, lo que te decía antes, que esa discusión involucró a toda la sociedad, no es una discusión solamente penal, o solamente de abogados, o solamente de jueces, porque se logró meter a través del derecho en la discusión dentro de cada casa, dentro de cada grupo, dentro de cada comunidad, acerca de ¿qué es lo que se vivió en la Argentina?, ¿a quién afectó? ¿cómo afectó? y ¿cuáles fueron las consecuencias? Entonces, esto es fundamental para quebrar los silencios que son muy clásicos en las sociedades posgenocidas, que es que no se pueda hablar de aquello que ocurrió. Los juicios permitieron que esa discusión se pusiera sobre la mesa, que en cada casa se pudiera hablar acerca de lo que ocurrió. Me parece que ese es uno de los aportes mayores de la reapertura de los juicios en la Argentina, que ha dejado consecuencias interesantes, por supuesto eso se sigue discutiendo, por supuesto que no es lineal no va en una sola dirección, pero ha sido muy enriquecedor como proceso colectivo.

Gisela Gonnet (GG): Ahora vamos a pasar a preguntarte en cuanto a la actualidad, respecto a regímenes de gobierno de facto en el mundo. Si bien vos ya mencionaste algo acerca lo acontecido en Argentina, en la actualidad, los regímenes de facto en el mundo no han desaparecido...para vos ¿Cuáles serían los casos más relevantes? y una cuestión no menor: ¿Se han implementado juicios en los casos que mencionás?

DF: Yo creo que ha cambiado la situación y es importante tenerlo en cuenta. Yo te diría que, en la segunda mitad del siglo XX, o casi todo el siglo XX, podríamos decir, los procesos genocidas iban de la mano de regímenes de facto, como hemos visto en gran parte de nuestra región. Sin embargo, no creo que sea la situación más común en la actualidad, por supuesto que existe, tenemos casos como Myanmar, hemos tenido un golpe militar hace muy poco. Incluso el régimen de Aung San Suu Kyi era cuestionable desde el punto de vista de la institucionalidad democrática, pero no es el recorrido más común que estamos viendo, sino que lo que estamos observando es una creciente convivencia entre regímenes institucionales democráticos y prácticas genocidas, y uno lo puede ver. Los dos casos más emblemáticos son: Colombia y México. Colombia y México son dos de los casos más graves de procesos genocidas de nuestra región, y, sin embargo, no han tenido gobiernos de facto. En los dos casos, en el momento más grave, en cuanto a la magnitud de todo el proceso de aniquilamiento ha sido en gobiernos que han respetado la institucionalidad democrática e incluso lo estamos viendo en Colombia el día de hoy con el gobierno de Iván Duque. Con lo cual, me parece que hay que poner entre paréntesis esta idea tan común en el siglo XX, de que el genocidio venía de la mano de un régimen de facto, de una dictadura y entender que esta relación puede darse o no, esto es, que el genocidio puede ser implementado justamente porque lo que estamos viendo en Colombia y México, como que hay una tercerización de la violencia, donde el Estado está involucrado, pero no opera única ni fundamentalmente con las fuerzas estatales sino que tiene oscuros nexos con fuerzas paraestatales o con organizaciones criminales, en general el narcotráfico, pero no solamente y entonces, esto ha permitido una convivencia de este tipo de prácticas con regímenes que siguen sosteniendo una institucionalidad democrática, tenés fenómenos paradójicos, como la propia Colombia donde al mismo tiempo que se está juzgando a algunos responsables de prácticas genocidas se siguen desarrollando esas prácticas genocidas. Un fenómeno que parece inimaginable. En general lo que tuvimos es un momento de genocidio con la dictadura de facto, luego termina y luego hay un proceso de juzgamiento o no, pero la secuencia que uno tenía en la cabeza era esta. De pronto, lo que estamos viendo es que todo eso puede convivir en el tiempo, esto es que podemos tener un régimen que al tiempo que puede abrir procesos de juzgamiento contra los genocidas de hace 20 o 30 años, sigue

cometiendo procesos genocidas hoy, y las dos cosas conviven. Me parece que eso le da mucha complejidad al análisis.

GG: ¿Cómo tu propuesta iusconstructivistas aportaría al análisis de los juzgadores en nuevos juicios establecidos para el juzgamiento de genocidios o delitos de lesa humanidad?

DF: La idea es justamente entender que el derecho positivo no puede constituir un límite a la necesidad de juzgar a los genocidas pero que, a su vez, para poder implementar ese juzgamiento no se lo puede legitimar volviendo a formas iusnaturalistas, si no, hay que fundarlo en la necesidad de que el derecho debe evolucionar de modo constructivo hacia formas de mayor autonomía, mayor igualdad y mayor equidad, y que por lo tanto, ese derecho positivo que podría impedir el juzgamiento debe caer en nombre de un avance que pueda demostrar la mayor autonomía, la mayor igualdad, la mayor equidad que implicaría esa nueva interpretación. Lo que quiero marcar con esto es: iluminar el riesgo que puede haber, no solamente en que se imponga el derecho positivo y se imponga la impunidad, sino que hay un riesgo equivalente en que, si se impone el juzgamiento, pero a través de interpretaciones iusnaturalistas, porque esto, a lo que va a llevar, es que esas argumentaciones iusnaturalistas puedan producir situaciones tremendas más adelante. Por eso, yo cuestiono mucho esta idea del *ius cogens*, y esta idea de que hay una tradición que legitima juzgar a los genocidas más allá del principio de legalidad. Creo que esto, primero, es incorrecto históricamente: no es cierto que siempre en la historia se haya juzgado a los genocidas. Más bien, lo cierto es lo contrario, los genocidas, por lo general, han quedado impunes, por lo tanto, no es por la tradición por la que los estamos juzgando. Es por la necesidad de que el derecho pueda avanzar hacia formas de mayor igualdad y mayor equidad. Es entender, como decía Nino, que un genocida no puede quedar impune. Pero hay que hacerlo explícito. Hay que poder explicar cómo y por qué es que este juicio se pueda implementar y no esconder el problema bajo la alfombra, porque si uno esconde el problema bajo la alfombra tiene este riesgo de que pueda reaparecer o que pueda ser utilizado para cosas muy tremendas.

GG: Por último, Daniel, ya que estamos tocando temas de actualidad, te queremos preguntar, ¿qué pensás cuando comparan las medidas sanitarias de la cuarentena preventiva y obligatoria con el accionar de gobiernos de facto? Es decir, ¿por qué crees que se da esta relación tan forzada en torno a un tema tan sensible en Argentina?

DF: Bueno, me parece que lo que hay, siempre, en todo momento, es una disputa por el sentido, que es cómo construimos la narración de lo que estamos viviendo. Y me parece que es tremendo, me parece de una gravedad enorme calificar una medida de cooperación y cuidado sanitario con el lenguaje de una lógica dictatorial. Y me parece que es confundir las distintas posibilidades que puede tener la norma. Esto es, que la norma tiene dos caras y hay que poder, siempre, distinguir esas dos caras. La norma por un lado puede ser una herramienta de opresión, la norma puede ser la forma de imposición de un poder arbitrario. Pero, al mismo tiempo, la norma es la construcción del lazo social, no hay sociedad sin norma. La norma es el establecimiento de un límite, de un límite a lo que no podemos hacer porque daña a otros. Una norma sanitaria, está mucho más cerca de esta segunda interpretación de la norma que de la primera. Una norma sanitaria no es una imposición arbitraria de un poder caprichoso, sino es, la búsqueda de poner límites a nuestra acción para que no generen daño a otro. Y me parece que es muy importante entender esto, sobre todo en el campo del derecho, porque muchas veces el derecho crítico ha mirado solo el primer carácter de la norma y entonces ha perdido la importancia de la norma como constructora de lazos. Incluso, en las formas más exageradas de garantismo, creo que también pueden tener un serio problema en no entender que el respeto de la norma, construye el lazo social, que, en todo caso, lo que tendríamos que discutir, y en parte lo que veníamos charlando en estos minutos es, bueno, qué construye esa norma; si es esa norma es más o menos justa, si esa norma es más o menos igualitaria, si es más o menos equitativa, pero no la propia existencia de la norma. Una sociedad sin normas es la sociedad más injusta que podemos imaginar. En una sociedad sin normas, prima el más cruel, el más fuerte, pero, además, el más dispuesto a destruir a los demás. La norma es justamente un límite a esa crueldad, es un límite al ejercicio del poder. Y, por lo tanto, la norma es una herramienta fundamental para la construcción del lazo social.