

# ¿Es criminalizable la política?<sup>1</sup>

Herbert Jäger

## Introducción

Para el ICTJ ha sido especialmente relevante desde hace varios años el estudio de la macrocriminalidad, no solo desde el punto de vista de la persecución penal de los crímenes de sistema, sino respecto de la noción misma, de sus orígenes, de los debates y de las reflexiones sociológicas y jurídicas que han existido alrededor de este concepto central. Por ello presenta, en el actual contexto de Paz Total encaminado al desmantelamiento de grupos armados y estructuras criminales, la traducción de un texto básico y pionero, escrito en lengua alemana por el sociólogo Hebert Jäger.

El texto hace parte de la magnífica edición en cinco volúmenes del año 1998 que, con el título de ¿“Política criminal ilustrada o lucha contra el mal?””, se editó con la coordinación del profesor de la Universidad de Frankfurt, Klaus Lüderssen. A su vez, estos recogen los resultados de un gran congreso llevado a cabo sobre los más diversos temas de política criminal relacionada con el crimen organizado, el terrorismo, la guerra y el derecho, y el nuevo papel del derecho penal internacional. Es el primer trabajo que, con el título sugestivo de “¿Es criminalizable la política?”, relacionado con la actuación macrocriminal de sistemas políticos y de colectivos criminales, inaugura el volumen tres dedicado a la *Makrodelinquenz*, es decir, a fenómenos ligados a la macrodelincuencia o macrocriminalidad.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> Traducción al español realizada por Veronika Hoelker, investigadora de la oficina en Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), y Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona, Jefe del departamento de Derecho Penal y Justicia Transicional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, y consultor del ICTJ. Texto original: Jäger, Herbert. *Ist Politik kriminalisierbar?* en: Klaus Lüderssen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen*, 1998, pág. 121-138, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

La pregunta “¿es criminalizable la política?” a la cual se dedicarán las siguientes observaciones, también podría formularse de manera más detallada en los siguientes términos: ¿El concepto de “crimen” y las categorías del derecho penal tradicionales, tanto del derecho penal estatal como del derecho penal internacional, logran abarcar los hechos cometidos en un nivel macro? Es decir, ¿el derecho penal puede dar cuenta de las conductas violentas y crueles que se cometen en contextos extremos y colectivos de guerras, guerras civiles, confrontaciones armadas de carácter político, étnico y religioso, o durante la influencia y presión de dictaduras y sistemas totalitarios? En última instancia, ambas preguntas se refieren a lo mismo, pues –y con ello formulo mi primer argumento– la macrocriminalidad es criminalidad de carácter político. En las siguientes consideraciones, intentaré fundamentar esta tesis.

Generalmente entendemos por criminalidad política hechos individuales y políticamente motivados, cometidos en contra del Estado, su Constitución y sus representantes. Sin embargo, en el caso de la macrocriminalidad –o de la criminalidad de carácter político– la agresión se mueve en dirección opuesta. Así, la macrocriminalidad describe los crímenes cometidos por Estados, regímenes políticos y colectivos, en contra de un individuo o varios individuos vinculados por características comunes, es decir, principalmente las minorías.

Esta constelación difiere tanto de las concepciones con las cuales asociamos el propio concepto de “crimen”, que representa enormes dificultades para el derecho penal y para nuestro entendimiento del derecho y de la criminalidad. Quisiera abordar dichas dificultades y las respectivas preguntas teóricas, refiriéndome principalmente a enunciados recientes de la ciencia jurídico-penal en los cuales se evidencian estas dificultades<sup>2</sup>.

## 1.

En primer lugar, hay que destacar algunas consideraciones críticas sobre el uso del término “macrocriminalidad” en la literatura científica. Lo anterior es fundamental, no tanto por la necesidad de disponer de etiquetas terminológicas, sino porque el término representa una

---

<sup>2</sup> Este texto se apoya en anteriores trabajos míos que se ocupaban de problemáticas similares. Ver sobre todo: Herbert Jäger, *Menscheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzeptes*, en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, pág. 259-275. Último trabajo: *Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts*, en: Gerd Hankel/Gerhard Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menscheitsverbrechen*, Hamburgo 1995.

determinada aproximación cognitiva y, dependiendo de su definición, la discusión puede orientarse en direcciones y áreas problemáticas totalmente diferentes.

Llama la atención que el término “macrocriminalidad” se esté instalando paulatinamente en la criminología, pero también en trabajos sociológicos decisivos y, más recientemente, también en el derecho penal internacional. Sin embargo, al mismo tiempo, la discusión criminológica en torno a la macrocriminalidad está en peligro de perder la importancia que inicialmente se le atribuía. Lo anterior se debe, posiblemente, a su ambigüedad. Ello, pues la magnitud de los crímenes que denota la “macrocriminalidad” puede referirse, por un lado, a la dimensión del daño y peligro y, de otra parte, al carácter colectivo de los autores o, incluso, a la dimensión colectiva en la cual confluyen los desarrollos, hechos y conflictos de orden estatal y social que generan las condiciones necesarias para la comisión de los crímenes.

Si, con base en este enfoque definitorio, el término es utilizado para referirse a toda amenaza y daño criminal de carácter masivo, pues entonces parecería lógico que la “macrocriminalidad” abarcara también, o incluso principalmente, los graves crímenes económicos y ambientales, o las diferentes formas del crimen organizado. Y, efectivamente, hay quienes utilizan últimamente el término en esta dirección<sup>3</sup>. Así las cosas, nada impediría que a esta categoría se le agregara cualquier amenaza grave, es decir, todo aquello que ha supuesto un reto particular para la política criminal, como, por ejemplo, los negocios ilegales de armas, el contrabando de material nuclear, las graves infracciones a la protección de datos o el tráfico de drogas a gran escala. De hecho, en este volumen se entiende por macrocriminalidad –más allá de los crímenes de guerra y los crímenes internacionales– los delitos económicos internacionales, la criminalidad en el área de producción industrial y la corrupción.

No obstante, con base en lo anterior, se pierde el verdadero significado del concepto de macrocriminalidad. Es un hecho que existen crímenes en los cuales el Estado y la sociedad participan de manera determinante y que constituyen conductas que forman parte de un acontecer colectivo. Así, justo como se ha formulado acertadamente en un reciente trabajo de derecho penal internacional, la comisión de estos crímenes, “solamente es posible cuando la descomposición y transformación del aparato estatal es tal que se ha convertido en una mafia

---

<sup>3</sup> Ejemplo más reciente: Karl-Ludwig Kunz, *Kriminologie*, Berna 1994, pág. 64.

criminal”<sup>4</sup>. Estas caracterizaciones aplican a los crímenes de lesa humanidad, a los crímenes de guerra y diversos crímenes internacionales, pero no a crímenes económicos, ambientales o al mero crimen organizado, pues estos también ocurren en sociedades jurídicamente estables y en situaciones de total “normalidad”.

Esta diferencia fundamental no debe ser desdibujada al confundir dos asuntos completamente distintos; al contrario, debe ser tenida en cuenta. Así las cosas, concluimos que el término “macrocriminalidad” hace referencia al crimen colectivo y políticamente condicionado, es decir, a la criminalidad en un estado de excepción<sup>5</sup>.

Precisamente hoy, en enunciados de la ciencia jurídico-penal sobre los crímenes cometidos por el gobierno de la República Democrática Alemana (RDA), se encuentran cada vez más consideraciones teóricas que evidencian las objeciones frente a la ampliación de nuestro concepto de “criminalidad”. Algunas de ellas tienden a incluir en las definiciones y alcances del término “crimen” las condiciones básicas estatales y sociales del delito, teniéndolas en cuenta como factor restrictivo. En este sentido, es reveladora la tesis de Andreas Zielcke, según la cual la aplicación del derecho penal propio del Estado de derecho supone que los delitos a sancionar hayan sido cometidos “en las condiciones básicas de un Estado de derecho que funciona”<sup>6</sup>. La principal razón para sostener lo anterior radica en el hecho de que el crimen tendría que ser despojado de su contexto social, político e histórico para poder atribuirle un injusto y una responsabilidad penal de manera precisa a un individuo; es decir, el entorno del perpetrador tendría que ser un entorno legalmente consolidado y estable.

Sin embargo, esta condición no siempre tiene lugar; ello incluso cuando se trata de delitos individuales que se cometen en la cotidianidad, como es el caso de crímenes condicionados por el contexto, que son cometidos por determinados grupos o subculturas. A esto se suma que, a mi juicio, la imputación no debe significar que los crímenes sean analizados y calificados de manera aislada de los contextos sociales, políticos e históricos en los cuales fueron cometidos. En un sentido similar, Günther Jakobs introduce observaciones muy pertinentes.

---

<sup>4</sup> Gerhard Stuby, *Internationale Strafgerichtsbarkeit und staatliche Souveränität*, en: Gerd Hankel, Gerhard Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburgo 1995.

<sup>5</sup> Debo aclarar en este punto que el término “estado de excepción” no corresponderá en la realidad al concepto desarrollado por Carl Schmitt y la literatura posterior.

<sup>6</sup> Andreas Zielcke, *Gnade vor Recht?* en: *Kritische Justiz* 1990, pág. 460 y siguientes, pág. 464.

El autor contrasta las sociedades “ordenadas” con las “pervertidas”, cuestionando la imputación individual de un crimen cometido en contextos pervertidos, de los cuales el responsable no es sino un “producto”, pues constituye uno de muchos “eslabones en el conflicto”, más “no es la causa en sí del mismo”<sup>7</sup>. Según sus afirmaciones más recientes, lo que sucede en una sociedad pervertida es que ella cae en una situación tal, que el Estado no tiene a su servicio instrumentos necesarios para condenar los desconocimientos masivos de las normas, cometidos por las subculturas emergentes, pues estas ya no se someten al Estado o, de hecho, han asumido parte de su estructura<sup>8</sup>. Al entender el agresor individual en estos contextos como el “motivo principal” de lo sucedido, se estaría ocultando un “conflicto genuinamente político”, relegando su dimensión política para privilegiar una individual<sup>9</sup>.

Según ello entonces, no podrían existir crímenes en situaciones colectivas, excepcionales o en una sociedad completamente descarrilada. El genocidio en Ruanda, las masacres de las guerras civiles, las violaciones masivas en el territorio de antigua Yugoslavia, y la tortura y las violaciones a los derechos humanos en más de 100 países del mundo, no serían crímenes y, como cuestión de principio, se quedarían sin reacción jurídico-penal alguna, ya que no se puede decir que sucedieron en entornos “legalmente consolidados” y no corresponden a hechos de una “sociedad ordenada”. F.C. Schroeder rechazó el argumento de que los crímenes que han alcanzado una dimensión “política” no podrían ser imputados individualmente, sosteniendo que, de esa manera, el derecho penal “se estaría rindiendo”<sup>10</sup> precisamente ante los crímenes de mayor magnitud.

Es aún más significativo que esta perspectiva no tenga ningún punto de referencia en el derecho vigente y, en realidad, aquella lo contradice abiertamente, pues en el derecho penal doméstico y, particularmente, en el derecho penal internacional, se reconocen delitos de carácter típicamente macrocriminal; estos solo pueden ser cometidos, de hecho, en situaciones de “desorden” y en sociedades “pervertidas”. Ejemplo de ello en el código penal alemán son los delitos de genocidio

---

<sup>7</sup> Günther Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, en: Josef Isensee (editor), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlín 1992, pág. 37 y siguientes, en particular pág. 42, 56.

<sup>8</sup> Günther Jakobs, *Untaten des Staates – Unrecht im Staat*, en: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 1994, pág. 1 y siguientes, 6.

<sup>9</sup> Günther Jakobs (ver nota al pie 7).

<sup>10</sup> Friedrich Christian Schroeder, *Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag*, en: *Juristenzeitung* 1992, pág. 990 y siguientes, 992.

y la preparación de una guerra de agresión (§§ 220a, 80 StGB), así estos hechos cobren más relevancia en un sentido simbólico que en la práctica. Pero también existen tipificaciones penales clásicas que, a menos de que haya justificaciones especiales, sobre todo de carácter jurídico-penal internacional, generalmente son aplicables a los macrocrímenes. Lo anterior ha sido demostrado por los procesos penales después de los colapsos de los regímenes en los años 1945 y 1989.

Por cierto, me parece destacable que la concepción central que eleva el concepto de “crimen” a un nivel macro tenga que referirse al derecho positivo para su fundamentación, cuando él es acusado, ocasionalmente, de basarse en calificaciones no penales, de perseguir propósitos más bien “morales”<sup>11</sup> o de presuponer el reconocimiento de “crímenes naturales”<sup>12</sup>. Todo lo contrario; considero que precisamente aquellas perspectivas que más se sustentan en valores ajenos a las normas legales, y que se sustentan en reglas informales, son las que se oponen a una extensión del concepto del crimen a un nivel macro y, por el contrario, buscan limitar su alcance.

## 2.

Justo en sus formas más extremas, los crímenes macro serían “crímenes estatales”<sup>13</sup>. Surge entonces la pregunta de si se debe diferenciar, en sentido jurídico-penal, aquellos crímenes que se cometen en el contexto de una actividad estatal de aquellos crímenes más de carácter “privado”.

No cabe duda, en todo caso, de que el carácter estatal de los crímenes macro, en muchas ocasiones, confunde o incluso neutraliza la conciencia sobre el hecho antijurídico cometido, tanto en los actores mismos como también en la opinión popular. De esta manera, ejemplo de ello son las quejas manifestadas por el ex primer ministro de la RDA, Willi Stoph, durante su detención preventiva por responsabilidad compartida en el fusilamiento de quienes pretendían sobrepasar el muro de Berlín, pues consideró que lo estaban tratando “como cualquier ladrón de manzanas”<sup>14</sup>. Ello no debe entenderse simplemente como una queja: no quiso decir con ello que no se le estaba dando el debido reconocimiento criminal a su actuar y que se estaba

---

<sup>11</sup> Ver por ejemplo las contribuciones de Michael Walter y Henner Hess en: Lorenz Böllinger, Rüdiger Lautmann (editores), *Vom Guten das noch stets das Böse schafft*, Frankfurt/M. 1993.

<sup>12</sup> Mit Recht dagegen: Klaus Lüderssen, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt/M. 1992, pág. 44.

<sup>13</sup> Ver Günther Jakobs (ver nota al pie 9).

<sup>14</sup> Reportaje en el *Hamburger Abendblatt* del 11.11.1992.

“devaluando” el impacto y la magnitud de sus faltas. Sin duda alguna, la alusión que hace Stoph es al hecho de que los cargos que se le estaban imputando simplemente no podían ser entendidos como crímenes y, por lo tanto, no podían siquiera aproximarse a algo tan patético como un pequeño hurto. Al contrario, consideraba que lo estaban acusando de algo que correspondía a acciones propias del actuar del Estado, las cuales estarían situadas más allá de cualquier investigación penal.

Que esta contraposición entre la política y la criminalidad haya repercutido en el discurso del derecho penal, lo demuestra del modo más claro una controversia pertinente de la actualidad. Así, en el análisis de Klaus Lüderssen sobre la criminalidad gubernamental de la antigua RDA, se afirma que, en el derecho penal “civilizado” “en realidad no se diferencia” entre los delitos “ordinarios” y los actos del Estado que correspondan a las disposiciones del código penal. Únicamente si existieran justificaciones especiales podría darse un tratamiento diferenciado a las acciones del Estado<sup>15</sup>. Por su parte, Reinhard Merkel manifestó que esta perspectiva era altamente equivocada. Consideró que suponía una “confusión de categorías” pretender que las acusaciones contra Honecker (y esto podría aplicar también a Stoph) eran equiparables en su modo y lógica a aquellas que se alegrarían si hubiera fusilado a su vecino por ingresar a su huerto saltándose las rejas. Según Merkel, los actos del Estado “se diferencian fundamentalmente, en sentido penal, de los delitos ordinarios”<sup>16</sup>.

Pero, en este caso, ¿qué categorías están siendo confundidas aquí? Es evidente que existen algunas diferencias entre los homicidios cometidos en la frontera entre las dos Alemanias y aquellos cometidos en un huerto. De hecho, existen profundas diferencias entre muchas conductas punibles y formas de delinquir como, por ejemplo, entre un homicidio sexual y un ataque terrorista. También le corresponde al derecho penal diferenciar entre las distintas formas de responsabilidad y participación. Sin embargo, todas estas son delimitaciones al interior del sistema penal y no necesariamente delimitan la acción política de la criminalidad.

En última instancia, supongo que aquí se trata de determinar el significado y alcance de la “teoría sobre los actos de Estado” (la doctrina *Acts of State*), y las consecuencias jurídicas que derivan de

---

<sup>15</sup> Klaus Lüderssen (ver nota al pie 12), pág. 42 y siguientes.

<sup>16</sup> Reinhard Merkel, *Politik und Kriminalität*, en: Siegfried Unseld (editores), *Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland*, 1° edición Frankfurt/M. 1993, pág. 298 y siguientes, 302.

la misma. De entrada, me parecen discutibles los supuestos que tendrían que darse, en este contexto, para poder hablarse de actos de Estado o de “actos de una autoridad”. ¿Podría calificarse como actos de Estado o de autoridad cualquier homicidio cometido en el marco de una guerra, por más cruel que sea y por más que viole las irreductibles normas del derecho internacional? ¿Podrían calificarse como “soberanas” las torturas y ejecuciones extrajudiciales, violaciones sexuales masivas y sistemáticas cometidas con el fin de desmoralizar y humillar al pueblo enemigo en una guerra civil o la introducción de Zyklon-B en las cámaras de gas? La mera pregunta ya da mucho que pensar. A esto se suman otras dudas como, por ejemplo, “si la doctrina *Acts of State* constituye un principio del derecho internacional o si, por el contrario, se trata únicamente de un ‘principio del derecho constitucional estadounidense’, como lo sostiene Ipsen<sup>17</sup>. En algunas ocasiones también se le han atribuido a esta doctrina efectos del derecho sustantivo y de despenalización, particularmente por parte de quienes la critican o rechazan. Así, la sentencia, del Tribunal de Núremberg, en los juicios de la *Wilhelmstraße* parecería haberse entendido de tal manera que la relaciona con el “viejo principio jurídico”, según el cual “el monarca no puede cometer delitos”<sup>18</sup>. La lectura de Lüderssen, quien la ha rechazado en diferentes ocasiones, es que la doctrina implica una dimisión del derecho penal a la hora de calificar los actos de una autoridad, función que debe ser asumida por la política, la historia o incluso la teología<sup>19</sup>. Surge la pregunta de si se trata de una “exención de los jefes de Estado”<sup>20</sup>, o de todos los dirigentes o, incluso –porque ello conduciría a un tratamiento injusto– de todos aquellos que ejecutaron las órdenes, bajo la autoridad de la dirigencia estatal. Pero este es un tema que no puedo profundizar aquí.

De acuerdo con la opinión dominante en el derecho internacional, podemos inferir que el sentido de la teoría sobre *Acts of State* radica únicamente en que los Estados no han de juzgar los actos de otros Estados y, por lo tanto, además, no han de responsabilizar los propios órganos de otros Estados con base en una responsabilidad personal. Por mucho, lo que implica la teoría es la inmunidad contra la justicia estatal ajena. Sin embargo, de esta inmunidad se excluyen las graves infracciones al derecho internacional humanitario y, por ende, el núcleo de la macrocriminalidad. Así, el respeto por los actos soberanos de otros Estados no aplica en casos

<sup>17</sup> Ver Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 3ª edición. Munich 1990, pág. 335, 619.

<sup>18</sup> Citado por Hans-Heinrich Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn 1952, pág. 294.

<sup>19</sup> Klaus Lüderssen (ver nota al pie 15), pág. 43.

<sup>20</sup> Klaus Lüderssen, *Rechtskultur ohne Grenzen?* en: *Neue Kriminalpolitik*, 1993, H. 4, pág. 24.

de crímenes de guerra, de actos de genocidio o respecto de otras conductas constitutivas de crímenes internacionales. De esta manera, entonces, la doctrina de *Acts of State* se torna irrelevante para el derecho penal internacional<sup>21</sup>. Que los actos de Estados sean algo fundamentalmente distinto de los delitos privados u ordinarios, en sentido penal (más allá del aspecto de la jurisdicción estatal y sus límites), es algo que no podría aquí reconocer.

### 3.

La macrocriminalidad es aquella criminalidad cometida por grandes colectivos, aparatos estatales de poder y sistemas políticos alejados del derecho (sistemas injustos). Esto nos conduce a la suposición muy sugestiva de que son estos colectivos, aparatos o sistemas políticos injustos los sujetos de los hechos delictivos, y no las personas individuales involucradas en su ejecución. En la opinión pública también existe una tendencia a atribuir la responsabilidad de estos crímenes colectivos a los Estados y a los sistemas políticos.

Ello nos lleva, asimismo, a la pregunta inquietante de si es realmente el individuo el sujeto de imputación y si es el derecho penal, concebido para el individuo y asentado sobre el enfoque de la responsabilidad penal individual, el instrumento adecuado para el tratamiento penal de la actuación macrocriminal. Pero entonces, ¿es posible concebir un derecho penal que pudiera reaccionar a un hecho colectivo mediante sanciones colectivas? El hecho es que la dogmática contemporánea del derecho penal está muy lejos siquiera de concebir esta posibilidad. Incluso el propio derecho penal internacional, que se encuentra en una etapa en desarrollo, no parece separarse del paradigma de la responsabilidad penal individual. Sin embargo y en todo caso, podría decirse que el principio de imputación individual ya no es un principio del todo irrefutable.

En su presentación al congreso anual de profesores de derecho penal en Basilea, Heiner Alwart, si bien en referencia a la posible responsabilidad penal de las empresas, sostuvo que habría que ver “si existen posibilidades para que el sistema penal tradicional se amplíe e incluya de manera coherente y, pese a la profundamente anclada tradición de imputación penal individual, una forma genuinamente jurídico-penal de imputación colectiva”<sup>22</sup>. Por su parte, en lo que atañe a

---

<sup>21</sup> Para estas preguntas, ver: Matthias Herdegen, *Die Achtung*.

<sup>22</sup> Heiner Alwart, *Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1993, pág. 752 y siguientes, pág. 755.

un sistema político injusto, Ernst-Joachim Lampe ha expuesto conceptos que presuponen la superación del marco estricto de la imputación individual. Lo anterior lo expuso por primera vez en una disertación del año 1994 y, posteriormente, en un trabajo más exhaustivo y diferenciado sobre la teoría del injusto sistemático y la responsabilidad al interior de sistemas políticos criminales<sup>23</sup>.

Pese a mis reparos con esta tesis, me parece especialmente llamativo su punto de partida. Según ella, el derecho penal, que se dirige únicamente a personas individuales, no logra abordar realmente el injusto cometido, y mucho menos el enorme sufrimiento que un régimen criminal ha infligido a su pueblo. Solo habrá justicia si el derecho penal se dirige contra el sistema como tal. El problema es que la dogmática jurídico-penal hasta el momento solo responde a “todo delito de sistema, con las mismas herramientas diseñadas para infractores meramente individuales”. No obstante, me pregunto: ¿habría otra manera de responder? De acuerdo con el derecho vigente –y Lampe ciertamente concuerda con ello– la respuesta es no. Pero podría pensarse una propuesta *de lege ferenda*.

Creo que es justificado el planteamiento de Lampe, a partir del cual se pregunta si “en realidad los pasos significativos de la historia están dejando un legado auténtico en el derecho penal”, y si la humanidad deberá aceptar que “las verdaderas atrocidades de la historia, aquellas cometidas públicamente en nombre de la política y la religión, no pueden ser abordadas realmente por el derecho penal mismo”. No obstante, considero que no podría ni debería concebirse tal derecho penal “sistémico”, incluso si esto significara que las posibilidades de impacto del derecho penal se limitarían a un ámbito cada vez más reducido de responsabilidades individualizables.

Mis objeciones fundamentales son entonces las siguientes:

1. Los sistemas criminales no son entes claramente identificables. No se pueden reducir a organizaciones determinadas. Si se entiende por ello Estados, pueblos o grandes grupos, se les impondrían sanciones de manera indiscriminada a todas las personas que de alguna forma hacen parte de estos colectivos. Lampe sostiene que esto es aceptable, ya que todos estos individuos pertenecen, en todo caso, a una comunidad solidaria organizada por el propio sistema, de tal forma que ello conlleva una “consecuente responsabilidad”.

---

<sup>23</sup> Ernst-Joachim Lampe, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 106 (1994), pág. 683 y siguientes.

Agrega Lampe incluso que, después de la dictadura nazi, tampoco se consideró injusto asumir esta forma de responsabilidad, con el fin de reparar a las víctimas. De cualquier forma, incluso independientemente de que en este caso estemos hablando de responsabilidad política más que de culpabilidad y sanción en sentido penal, de acuerdo con la diferenciación que propone Jaspers en 1946, el autor citado no sería coherente porque sugiere también eximir de esta responsabilidad y sus consecuencias a personas inocentes y a quienes también han sido víctimas de crímenes; al introducir estas excepciones individuales se socavaría el propósito de la sanción colectiva.

2. Si nos estamos refiriendo a organizaciones claramente definidas, surge otro problema: en el momento de un posible proceso, estas organizaciones ya habrán dejado de existir como tales y, por ello, su condena se quedaría sin sentido y consecuencias. Fue probablemente por ello que, desde una etapa temprana, se evidenció que era jurídicamente inviable condenar organizaciones en Núremberg<sup>24</sup>.
3. La consideración de Lampe, según la cual en un régimen de actuación criminal “es el propio aparato de poder el que se convierte en un sistema criminal” y, por ende, la pertenencia al mismo ya constituye en sí misma un delito, puede terminar generando, en la realidad, una atribución de responsabilidad generalizada a los individuos por su sola pertenencia al grupo. El paralelo con la problemática actual de atribución de responsabilidad penal al miembro del grupo, de una organización terrorista, salta a la vista.
4. Tampoco encuentro argumento para apoyar una sanción colectiva, en el hecho de que exista en la opinión pública una tendencia de atribuir responsabilidades colectivas. Si bien es cierto que esta especie de “concepción jurídica” goza de una aceptación amplia en la sociedad, esto es –como siempre– irrelevante para el derecho penal. Se trata de costumbres arraigadas de atribución de responsabilidades, que se basan en conocimientos deficientes sobre las estructuras de nuestro sistema penal y en una

---

<sup>24</sup> Afirmado ya por Karl Siegert, *Grundlinien des Völkerstrafprozessrechts*, Göttingen 1953, pág. 37.

interpretación imprecisa de hechos empíricos. Las discrepancias profundas entre la dogmática jurídico-penal y la opinión pública son insalvables.

5. Cuando Lampe sitúa lo injusto de un sistema penal que siempre busca individualizar en el hecho de que arbitrariamente termina seleccionando “chivos expiatorios” y, al mismo tiempo, en su aplicación exclusiva a personas individuales, no aborda lo injusto del aparato como tal. En realidad, está mezclando dos preocupaciones por la justicia que son incompatibles. Ello, pues, según Lampe, la relación entre lo injusto sistémico y lo injusto individual no es de carácter alternativo, sino acumulativo. Sin embargo, si el individuo continúa siendo responsabilizado por sus actos, no acabaríamos con el problema de la construcción de chivos expiatorios, ya que en todo caso permanecería ello latente respecto de los crímenes individuales cometidos dentro del sistema.
  
6. Asimismo, resulta difícil imaginarse las sanciones aplicables en estos casos. De entrada, no podrían imponerse penas privativas de libertad, dado que el sujeto acusado es un “sistema”. Las consecuencias jurídicas contempladas por Lampe asumen la forma de medidas políticas y “extrajudiciales” y, por lo tanto, no es ninguna coincidencia que las haya denominado “medidas punitivas”. Indudablemente, son inaceptables las multas para sancionar los crímenes violentos y colectivos más graves. Lampe parece diferir de este argumento, pues considera adecuadas las multas proporcionales, incluso en casos de masacres cometidas por el Estado. Lo anterior iría en contra del objetivo del derecho penal de generar conciencia y visibilizar en su totalidad el impacto y alcance de los hechos cometidos. Así las cosas, podría resumirse que, si bien son interesantes las ideas de Lampe, en últimas no nos permiten avanzar en la discusión. De esta manera, la responsabilidad y la sanción colectivas crean nuevos y más grandes problemas, en vez de resolverlos.

#### 4.

Son pocas las discusiones académicas que han tenido lugar en torno al significado de la criminalización de la política, y respecto del posible aporte del derecho penal (y por supuesto del derecho penal internacional) al momento de afrontar hechos inhumanos de carácter colectivo.

Así, concepciones sobre el sentido y la función del derecho penal internacional y las condenas proferidas principalmente por el Tribunal de la antigua Yugoslavia de 1993, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aparecen como ilusorias y ligadas a actitudes cínicas y de resignación que se entienden a sí mismas como análisis sobrios y realistas de la realidad política. Es, de otra parte, apenas ilusorio que la resolución de la ONU con la cual se creó el Tribunal sea celebrada como una sensación en el derecho penal internacional, y como “un logro enorme para la prevención de conflictos”; es ilusorio cuando en declaraciones políticas se hizo referencia al hecho de que la ONU buscaba “ponerle fin a los crímenes en la antigua Yugoslavia” y frenar el ciclo de violencia, además, “restaurando la justicia y la paz”<sup>25</sup>; y es cínica también la burla de Rudolf Augstein de la revista *Spiegel*, cuando afirma que con esta resolución el aparato de seguridad “se ha ridiculizado a sí mismo”<sup>26</sup>.

Incluso en la ciencia del derecho penal internacional encontramos enunciados similares. Helmut Quaritsch, por ejemplo, en un extenso epílogo a un dictamen especializado de Carl Schmitt del año 1945, publicado póstumamente, se refirió a los esfuerzos de la Comisión de Derecho Internacional como un “juego de una secta jurídica internacional”, y a la instalación del Tribunal como un “gesto nostálgico de una política simbólica”<sup>27</sup>. Son observaciones destructivas que contribuyen poco a encontrar soluciones jurídicas a las atroces monstruosidades de nuestros tiempos.

Una discusión sensata sobre las funciones y límites del derecho penal en lo atinente a la criminalidad política debe incluir, en primer lugar, una definición de aquellas categorías con las cuales se va a trabajar. En este sentido, es crucial asumir la conciencia de las particularidades que distinguen tanto la macrocriminalidad de otras formas de criminalidad, como aquellas que distinguen el derecho penal internacional del derecho penal estatal ordinario. Aquí solo mencionaré cuatro aspectos:

1. A diferencia de muchos delitos que en su mayoría constituyen actos aislados, los crímenes macro constituyen hechos que forman parte de una situación criminal

---

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, M. Lorenz en *Allgemeines Deutsches Sonntagsblatt* del 28.2.1992 y el reportaje del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 18.11.1993.

<sup>26</sup> “*Der Spiegel*” 9/1993, pág. 31.

<sup>27</sup> Helmut Quaritsch, epílogo en: Carl Schmitt, *Das internationale Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “nullum, crimen, nulla poena sine lege”*, Berlín 1994, pág. 219, 228.

permanente, o de un conjunto de hechos colectivos, como sucede principalmente en las guerras, guerras civiles o regímenes dictatoriales. Es decir, no se trata de un evento efímero y puntual. Debido a estas dimensiones temporales, el papel del derecho penal varía dependiendo del desarrollo mismo del actuar colectivo. Por ejemplo, en una fase temprana, el derecho penal podría asumir una función preventiva, mientras que en una fase más aguda en la que ya se han cometido los crímenes, podría enfocarse en buscar posibilidades de intervención y contención; y después del conflicto violento o de la transformación política, el derecho penal podría llegar a tener funciones de restauración y superación legal de los hechos macrocriminales cometidos. El derecho penal cobra así la mayor importancia en la fase inicial, mientras que pierde su potencial en el punto más álgido del desarrollo criminal. En todo caso, se vuelve indispensable con la caída del Estado, momento en el cual permanece un legado conflictivo propio de los hechos cometidos<sup>28</sup>. Este contexto complejo demuestra muy claramente lo erróneo que son las reflexiones hoy generalizadas sobre el papel del derecho penal.

2. Tanto en el derecho penal interno como en el derecho penal internacional, el derecho penal se ve confrontado con hechos de carácter macro que claramente constituyen crímenes, pero que en su mayoría se sustraen a cualquier persecución penal. Esto tampoco lo rectificaría una ampliación del derecho penal internacional. Mientras que en el derecho penal nacional partimos de la premisa –o frecuentemente incluso de la ficción– de que se han de enjuiciar todos los crímenes de los cuales se tenga conocimiento (principio de legalidad), tenemos que aceptar que, en el caso de la macrocriminalidad, el derecho penal solo puede ser aplicado de manera muy selectiva. Por ello, además de abordar la cuestión previa y teórica de si se han o no violado normas penales, también habrá que decidir cuáles de los numerosos delitos cometidos por aparatos criminales serán sometidos efectivamente a un proceso penal. En todo caso, es urgente y necesario que los casos seleccionados sean vinculados a criterios de selección sólidos. Todo “derecho penal macro”, ya sea a nivel internacional o nacional, solamente podrá ser de carácter representativo. Me parece que lo anterior es una condición básica e inamovible en el ámbito de la macrocriminalidad.

---

<sup>28</sup> Ver el título del libro de Klaus Lüderssen (nota al pie 12).

3. Las posibilidades del derecho penal internacional son diferentes a las de una jurisdicción internacional, pues estas dependen de sus diferentes niveles de desarrollo, observación que es frecuentemente ignorada. Por lo anterior, tiene poco sentido indagar sobre los objetivos y efectos del derecho penal y de la pena como si existiera un sistema penal internacional cuya infraestructura pudiera compararse con la de los sistemas penales a nivel nacional. El Tribunal de La Haya no es sino un proyecto piloto del derecho penal internacional. Existe una profunda desproporción entre la realidad, la dimensión de la macrocriminalidad política y las posibilidades de que dispone el derecho penal para afrontarla (solo en el año 1994 el número de víctimas de homicidios colectivos parece haber superado un millón). Esta desproporción se evidencia de una manera casi grotesca en la propuesta del gobierno neerlandés de suministrar 24 cupos en cárceles. El estado en el que se encuentra el derecho penal internacional, que aún debe ser instaurado, es entonces una variable que no debe ser ignorada a la hora de analizar su efectividad.
  
4. En el caso de crímenes macro, nunca se trata principalmente de castigar unos hechos aislados, sino de la terminación de conflictos y situaciones delictivas de carácter colectivo. Por consiguiente, es necesario evaluar si la persecución penal de crímenes de guerra y de lesa humanidad terminaría siendo contraproducente a la hora de cumplir con el objetivo superior de terminar un conflicto, pues más que garantizar la aplicación del derecho penal, lo que realmente se requiere en estos contextos es ponerle fin al terror y al derramamiento de sangre. Así las cosas, surge una relación de competencia entre la persecución penal y los objetivos políticos, la cual expone el derecho penal internacional a un problema difícil.

## 5.

Solo en función de este contexto particular, esbozado aquí brevemente, podemos comenzar a discutir la pregunta de cuál puede ser la tarea y el rol del derecho penal en el ámbito de la macrocriminalidad. En ese sentido, es necesario tener en cuenta las condiciones arriba mencionadas.

1. En el desarrollo actual del derecho penal internacional, creo que no será posible pensar en objetivos de prevención durante mucho tiempo. No existe un sistema de derecho penal internacional funcional que pudiera tener efectos preventivos. La amenaza de la pena, como bien lo sabemos hoy, sólo llega a tener un efecto de disuasión general en la medida en que existan normas sociales y mecanismos de control que la refuerzan<sup>29</sup>. Una conciencia del valor del derecho, en el sentido de un lejano espectro político-moral que habría que estabilizar, es un hecho aún no logrado. Además, lo que principalmente temen los gobernantes y sus funcionarios es la derrota, la caída de su régimen, y no tanto una futura persecución penal cuya viabilidad dependería de una transformación total de las condiciones políticas<sup>30</sup>.
2. Los conceptos de la prevención especial son aún menos aplicables a la política criminal que se refiere a los crímenes cometidos en un nivel macro. Así, habría que descartar la posibilidad de reintegrar los violadores de derechos humanos y destructores más feroces a una sociedad que apenas sobrevivió su régimen de terror. Indudablemente, son incompatibles los programas de política criminal adelantados con la lógica de “crímenes” individuales, si se tiene en cuenta apenas la dimensión macro de los crímenes. Aquí, la idea de la prevención especial solo se puede referir a que la sociedad se libere y separe del todo de los máximos responsables y, a su vez, intente protegerse de los mismos. Podría aplicar algo distinto en el caso de quienes apenas ejecutaban órdenes y actuaban conforme a las instrucciones, pues su resocialización ya se logró mediante la “resocialización de la sociedad”, que va de la mano de la transición. Pero esta no es una tarea propiamente del derecho penal.
3. El derecho penal surge como algo indispensable, incluso el derecho penal estatal mismo, en tanto instrumento de pacificación luego de cambios políticos. A ellos corresponde la ya comentada separación y distanciamiento de los máximos responsables. Se hace necesario entonces el derecho penal como condición para una superación jurídica de los

---

<sup>29</sup> Ver sobre todo Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2° edición. Múnich 1990, pág. 282.

<sup>30</sup> Un argumento similar puede ser encontrado en Günther Jakobs, (nota al pie 8), pág. 18.

crímenes cometidos. En todo caso, sonaría totalmente irreal pensar que, en una sociedad ya liberada del terror estatal y del horror de una guerra o de una guerra civil, las atrocidades cometidas en el pasado sean dejadas en el olvido y que las figuras más representativas o quienes iniciaron los crímenes puedan ser integrados, socialmente, sin reacción alguna. De esta forma, sin una superación del pasado, desde el punto de vista penal, se dejaría el terreno libre para un caótico ejercicio de la fuerza, para actos de venganza desmedidos y para una liquidación arbitraria de todos los que hicieron parte de los crímenes cometidos o de los meros sospechosos. Por ello, quienes en tiempos de transición pretenden renunciar a los instrumentos del derecho penal, deben tener previstas dichas consecuencias nefastas.

4. En esta probablemente prolongada fase, en la cual el derecho penal universal está en manos de una sola corte penal internacional y no está a nuestra disposición, habrá que recurrir a soluciones temporales e intermedias<sup>31</sup>. En este contexto, cobran importancia las instituciones internacionales de control político que tienen el propósito de esclarecer las redes criminales, visibilizarlas ante el mundo y demostrarle a la comunidad internacional su carácter criminal. La criminalización se materializa también al darle fundamento jurídico, una base de legitimación y la necesaria publicidad al trabajo adelantado por las comisiones y autoridades de investigación, pero por supuesto también al Tribunal de la ONU. Se trata de la materialización de elementos parciales de un proyecto global. Lo que realmente desincentiva a quienes iniciaron y fueron responsables de los crímenes, más que cualquier sanción lejana, es la visibilización de las atrocidades que quedaron ocultas bajo la protección del poder en el momento de su comisión.
5. La necesidad de “desneutralizar” se relaciona estrechamente con lo anterior. Un derecho penal internacional que pretende ser efectivo tiene que instalarse normativamente en la conciencia de la opinión pública. La criminalización de la política también significa visibilizar los hechos destructivos a nivel macro y develar su impacto criminal – es decir, deslegitimarlos.

---

<sup>31</sup> Ver las indicaciones de Reinhard Merkel (nota al pie 16), pág. 331.

En este sentido, fue muy clara la afirmación de Heinz Müller-Dietz cuando se refirió al propósito de discutir y analizar las problemáticas asociadas con la macrocriminalidad. Dijo en su momento: “no se trata de expandir los ámbitos de aplicación del derecho penal y de responder a un simple deseo de castigar, sino más bien de sensibilizar la percepción científica y social sobre la criminalidad, y aquellos fenómenos cuya verdadera naturaleza no ha sido explorada de manera exhaustiva”<sup>32</sup>. Lo anterior describe muy precisamente lo que podría significar la criminalización de la política, entendida en el contexto de este escrito y el posible impacto que podría tener ello hoy en día.

---

<sup>32</sup> Heinz Müller-Dietz, *Die soziale Wahrnehmung von Kriminalität*, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1993, pág. 65.