

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

**Panorama internacional sobre justicia penal
Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados
Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal**

**Sergio García Ramírez
Olga Islas de González Mariscal**
Coordinadores

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Daniel García Castillo
Proceso para la Biblioteca Jurídica Virtual: Margarita García
Castillo y Laura Zúñiga

Primera edición: 2007

DR © 2007. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.**

Impreso y hecho en México

**ISBN 978-970-32-4413-3 obra completa 978-970-32-
4415-7 tomo I**

LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN CASOS DE VIOLENCIA COLECTIVA: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS OBJETIVOS Y FINES DEL DERECHO PENAL EN SITUACIONES DE POSCONFLICTO

Jan-Michel SIMON

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El papel del derecho penal en circunstancias sociales ordinarias*. III. *El derecho penal en situaciones sociales de posconflicto*. IV. *Entre lo global y lo local*.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión que se tratará en adelante no es un tema exclusivo de la disciplina llamada “derecho penal internacional”. Porque si bien es cierto que la materia de las instituciones internacionales de imponer sanciones punitivas se concentran en la realidad, con la cual se confrontará el derecho penal en la presente exposición, ésta es un tema para el derecho penal como sistema en su totalidad, al cual —en el mejor de los casos— el llamado “derecho penal internacional” pertenece.

Tratar de enfrentar violencia colectiva por medio del derecho penal representa un trabajo excepcional para un jurista. No sólo se trata de violencia extrema e inimaginable que irrita suposiciones ordinarias sobre la sociedad, sino que es algo más: la idea de enfrentar *ex post* por medio del derecho penal una situación marcada por dinámicas complejas en grupo que hace cambiar el comportamiento humano colectivo de interacciones normales marcadas por el respeto a la vida humana hacia la expresión y sanción masiva de violencia social, parece ser una actividad audaz.

A continuación se esbozará un cuadro sobre la función que el derecho penal puede desempeñar en sociedades de posconflicto.

1. Primero, se describirán brevemente las condiciones y el papel del uso del derecho penal en circunstancias sociales ordinarias.
2. En un próximo paso se presentará la explicación convencional para utilizar el derecho penal en situaciones sociales de posconflicto, y se pondrá en evidencia los defectos de estas explicaciones cuando son confrontadas con violencia colectiva.
3. Esto dará entonces la oportunidad de considerar los intereses para utilizar el derecho penal en el contexto de la violencia colectiva entre el plano global y el plano local, y para introducir algunas preguntas fundamentales para la investigación.

II. EL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN CIRCUNSTANCIAS SOCIALES ORDINARIAS

El monopolio de poder centralizado es la precondition para el derecho penal en la sociedad moderna. En caso contrario, las partes de un conflicto tendrían que negociar el uso de violencia para resolver el conflicto y recurrir al feudo cuando una expectativa específica de un determinado comportamiento social se ve decepcionada.

El resultado principal del derecho penal, basado en un monopolio de poder centralizado, es la creación de una relación entre el agente y una institución central sancionadora, la cual define y aplica las normas penales. Al establecer esta relación, el agente puede anticipar las consecuencias de su comportamiento. Además, la víctima es aliviada del riesgo de depender de un poder inferior para que sus expectativas de un determinado comportamiento social se mantengan, independientemente de que los hechos sean alentadores o no.

La función principal de la institucionalización central en la definición e implementación de normas penales es alcanzar conformidad en el comportamiento social y, por lo tanto, estabilidad social. En otras palabras: el derecho penal es utilizado como un medio de control social, dotado de poder para garantizar la conformidad en las interacciones sociales. A cambio, el derecho penal ofrece seguridad (como condición previa para la libertad), tanto para las personas que se conforman con las normas como para las que no. Ambas conocen las consecuencias que tiene la resolución de expectativas contradictorias a través de medios distintos de los que se consideran conforme a derecho. Además, el comportamiento no conforme —eso es el

comportamiento criminal— realiza dos funciones sociales importantes. Por un lado, cumple una función expresiva en visualizar el contenido y la autoridad de la norma violada y, por otro, cumple una función integradora generando solidaridad entre los que se conforman con las normas contra los que no.

En contraste con este enfoque utilitarista del uso del derecho penal (y por lo tanto, de su justificación), específicamente la dogmática neokantiana estadounidense sostiene —basada en la hipótesis del *homo noumenon*— que la retribución es la única base moral sostenible para imponer sanciones criminales en individuos libres como parte de una sociedad liberal. Además, aparentemente entre la posición retribucionista y la consecuencialista, siguiendo las buenas y antiguas tradiciones “puramente normativas”, teóricos alemanes han adoptado una rúbrica lista llamada de “prevención general positiva”. Ellos declaran que el primer objetivo del derecho penal no es el control del comportamiento social, sino el mantenimiento de la norma a pesar de una realidad decepcionante. Sin embargo, esta posición deberá ser clasificada como retributiva —en el sentido hegeliano— porque lo que se pretende con esta argumentación es defender el ordenamiento jurídico contra los que lo desafían.

Por otro lado, hoy, bajo circunstancias sociales ordinarias, todas las posiciones que acabo de mencionar no son decisivas para la explicación de la utilización del derecho penal por sí mismo. Más bien, la diferencia entre las posiciones retribucionistas y consecuencialistas es relevante para responder a la pregunta del merecimiento de castigo del comportamiento no conforme, y sobre la medida del mismo.

Por otra parte, con respecto a la utilidad práctica del derecho penal, el control del comportamiento social se debe realizar a través de la intimidación, del tratamiento y de la incapacitación. La intimidación puede ser específica para autores individuales (la llamada prevención especial negativa), pero también general, para los autores potenciales (la llamada prevención general negativa).

Mientras el objetivo intimidatorio se basa en la hipótesis simple del *homo oeconomicus* de *Bentham*, el tratamiento —es decir la rehabilitación social— depende del aprendizaje, y la incapacitación de la hipótesis de que existen individuos que no ofrecen la garantía mínima cognitiva que indica que ellos comparten el mismo orden social de una determinada sociedad.

III. EL DERECHO PENAL EN SITUACIONES SOCIALES DE POSCONFLICTO

Sorprendentemente, a pesar del carácter extraordinario de la violencia, la actual explicación para utilizar el derecho penal como medio para enfrentar la violencia en conflictos a gran escala, sigue siendo igual a las explicaciones del uso del derecho penal en las circunstancias sociales ordinarias que acabo de resumir.

Todos los argumentos para el uso del derecho penal en situaciones sociales de posconflicto no toman suficientemente en cuenta que los fenómenos de la violencia masiva difieren significativamente de la criminalidad tratada en circunstancias sociales ordinarias, como si las condiciones cognitivas, sistémicas y de la conducta pudieran ser ampliadas fácilmente al contexto de violencia colectiva.

Ciertamente, como en cualquier tentativa comparable para darle sentido a la vida social, el uso del derecho penal en circunstancias sociales ordinarias no necesita ni de un argumento teórico sofisticado ni de pruebas empíricas para demostrar su eficacia. Sin embargo, esta situación de comodidad cambia cuando un monopolio efectivo de poder no se encuentra disponible, y la aprobación y aplicación de normas penales son —a lo mejor— más un asunto de “chalaneos” diplomáticos que el producto de una cultura jurídica y de instituciones democráticas.

1. *Conformación e integración*

Uno de los defectos principales en la analogía del derecho penal, en circunstancias sociales ordinarias y su papel para enfrentar situaciones de violencia colectiva, está relacionado a la suposición central que el derecho penal se dirige contra un comportamiento no conforme en una determinada sociedad. Mientras que el autor en circunstancias sociales ordinarias se desvía de lo que puede ser llamado “normas sociales generalmente aceptadas”, los que participan en circunstancias de violencia colectiva, ya por definición, no están tan solos con su conducta. Las observaciones de Hannah Arendt, durante el proceso contra Eichmann en Jerusalén, acerca de la banalidad de Adolfo Eichmann a quien ella llamó un “hombre casero burgués”, así como los maestros, hombres de negocios y otras personas ordinarias pro-

cesados a lo largo de la historia, demuestran que el llamado “hombre razonable” definitivamente puede participar activamente en violencia colectiva, ya sea en el plano programático o en la realización del plan.

Otra función principal del uso del derecho penal en circunstancias sociales ordinarias, que también se cuestiona, es la función integradora del derecho penal, generando solidaridad entre las personas que se conforman con las normas contra las que se inconforman. Existe, por lo menos, cierta evidencia en recientes investigaciones empíricas sobre la aceptación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que respecto a Serbia sucede exactamente lo contrario para la violencia colectiva en los Balcanes en los años noventa del siglo pasado.

Basado en estas consideraciones, parece claro que de conformidad con el comportamiento social y la integración de las personas que se conforman con las normas contra los inconformes como funciones principales del uso del derecho penal, como sucede en circunstancias sociales ordinarias, cuando se trata de situaciones sociales de posconflicto no parece que sea un intento que valga la pena seguir. Pero esta no es la única dificultad.

2. Retribución e intimidación

Las dificultades en establecer una base sólida para el uso del derecho penal, como un medio para hacer frente a la violencia en conflictos de gran escala son relacionados a un problema principal del uso del derecho penal en general: la selectividad.

El genocidio y los crímenes de lesa humanidad, como prototipos de la violencia colectiva, son definidos claramente por su naturaleza colectiva tanto por el lado de los autores como por el lado de las víctimas. Es precisamente este carácter colectivo que ilustra mejor las limitaciones de utilizar las explicaciones convencionales para el derecho penal como si se tratara de crímenes ordinarios.

Un caso ilustrativo es el de Ruanda. Como reacción al genocidio de 1994, el gobierno de Ruanda optó por una respuesta puramente retributiva. Como es de conocimiento público, esta estrategia costó miles de vidas humanas durante la prisión preventiva, porque el programa de persecución extensivo de Ruanda carecía de los recursos necesarios para un emprendimiento de esa magnitud.

Si, en cambio, el gobierno de Ruanda no hubiera aceptado los resultados atroces de tal respuesta puramente retributiva, sino más bien hubiera optado por una estrategia selectiva de castigar solamente a los individuos más salvajes que ocupaban posiciones de mando, en vez de procesar al grupo entero, de todas formas, esta decisión habría conducido igualmente a un resultado problemático, considerada a la luz de las explicaciones utilitaristas sobre el uso del derecho penal.

Existe amplia evidencia, generada por la investigación empírica, sobre las condiciones del argumento intimidatorio para crímenes ordinarios que indica el efecto desgastador de la selectividad sobre la intimidación. Según los resultados de estas investigaciones, es la posibilidad de ser atrapado, más que el riesgo de sufrir sanciones criminales, que incide en el comportamiento. Esto es aún más evidente para el caso de la violencia colectiva. La razón principal en este caso es que el uso del derecho penal ha estado siempre en las manos del vencedor. Típicamente, en el contexto de violencia colectiva, el autor está convencido de sus objetivos y del éxito de su misión. Por lo tanto, él nunca calculará la posibilidad de las sanciones criminales.

3. Tratamiento e incapacitación

Igualmente, el tratamiento del autor no es un argumento que convence, porque ya sea que el contexto de la violencia colectiva no es compatible con la teoría del aprendizaje o la selectividad es el obstáculo para dicho aprendizaje.

Lo que queda es el argumento de la incapacitación. Sin embargo, en el caso de la violencia colectiva, incapacitación no es un objetivo que convenga, porque pronosticar o identificar la peligrosidad de una persona que en circunstancias sociales ordinarias se considera un “hombre casero burgués”, en el caso excepcional de la violencia colectiva se convierte en una lotería.

IV. ENTRE LO GLOBAL Y LO LOCAL

Hasta ahora se ha tratado la consistencia de las explicaciones disponibles para utilizar el derecho penal en situaciones sociales de posconflicto.

Una conclusión que se deduce de estas explicaciones es que las inconsistencias, bien conocidas en los argumentos que intentan explicar el uso del derecho penal en circunstancias sociales ordinarias, se multiplican exponencialmente cuando son transferidas por analogía para explicar el uso del derecho penal para enfrentar la violencia colectiva.

No es de sorprender, para el observador crítico del derecho penal, que la moralización sobra como último recurso retórico para la justificación del uso del derecho penal. Mientras que este recurso en circunstancias sociales ordinarias tiene a menudo connotaciones del vulgo, en el contexto de situaciones sociales de posconflicto el uso del derecho penal se convierte en una cuestión de preocupación del mundo —una justificación que frecuentemente es apoyada citando la metáfora de *Immanuel Kant* de “la maldad radical” o etiquetando a alguien de “*hostis humani generis*” (lat. el enemigo de la humanidad)—. Son exactamente estas afirmaciones retóricas, relacionadas con la deseabilidad intrínseca de castigar asesinos colectivos, las que forman a menudo los puntos en común de las políticas del derecho penal internacional. Sin embargo, un derecho penal que se declara ser un asunto del mundo tiene que velar por los intereses del mundo.

1. *Intereses del mundo*

Cuando nos referimos a la violencia colectiva estos intereses son conectados a fenómenos que a menudo se etiquetan de “nuevas guerras”. Estas nuevas guerras son frecuentemente motivo de preocupación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, particularmente, objeto de sus resoluciones que establecen o hacen referencia a la jurisdicción penal internacional para crímenes bajo el derecho internacional (el más reciente es el caso de Sudán de marzo de 2005).

Aunque muchos de los panoramas comprendidos en esta nueva rúbrica para violencia colectiva no son tan nuevos como parece, el concepto de “nuevas guerras” señala el carácter diferente de estos conflictos cuando son comparados con la guerra tradicional entre Estados. Estas “nuevas guerras” son conflictos que surgen y son puestos en claro dentro de una determinada sociedad y no entre Estados nacionales. Ellos son caracterizados por la privatización y la asimetría de la violencia, basada en la movilización étnica y cultural.

En este contexto, el establecimiento ad hoc de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda fue declarado una “contribución al proceso de reconciliación nacional y a la restauración y al mantenimiento de la paz”.

Sin embargo, esto no es una explicación generalizable y convincente sobre el papel del derecho penal en sociedades de posconflicto. Ya una mirada rápida a las reacciones en diferentes sociedades a lo largo de las últimas décadas es suficiente para concluir que “paz y reconciliación” no es en absoluto un buen argumento para justificar el uso del derecho penal. No sólo los datos sobre la elaboración de la violencia colectiva, por medio del derecho penal, varían independientemente de la paz y la estabilidad en diferentes sociedades de posconflicto; sino, más bien, los argumentos ambiguos como “paz y reconciliación” y lemas semejantes como “no hay paz sin justicia” no son verificables en absoluto – y esto es precisamente lo que se pretende con la retórica del discurso político en situaciones sociales de conflicto y de posconflicto, como ya se ha demostrado en otra ocasión, comparando los casos de Sudáfrica, Ruanda y El Salvador.

Una manera menos ambigua de observar, desde el punto de vista global, el papel del derecho penal en sociedades de posconflicto ha sido expresado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso de Erdemoviæ, donde el Tribunal sostiene que “contrariando la impunidad aun en un grado limitado ...daría a las personas que fueron sumamente afligidas la oportunidad de llorar la muerte de los que han sido asesinados injustamente”.

También otro argumento ha sido empleado recientemente por el mismo Tribunal en el caso de Deronjiæ. En este caso, el Tribunal justificó la rebaja de la pena por una declaración de culpabilidad (*guilty plea*), manteniendo que “la declaración de culpabilidad de Deronjiæ... contribuye con el Tribunal en su búsqueda de la verdad y previene el revisionismo histórico”.

Independientemente si el derecho penal, como institución que enfoca su atención en la responsabilidad individual, es capaz de lograr metas tan anchas, lo que es importante observar en los argumentos del Tribunal, es el hecho de que ambas metas se dirigen claramente a la sociedad local. Esto desafía la idea de que el Tribunal esté aplicando el derecho penal como un asunto de preocupación del mundo.

Por otro lado, se podría decir que estas metas locales tienen efectos globales debido a su calidad pacificadora, asegurando, de esta manera, la

paz mundial y la estabilidad, como asuntos de preocupación del mundo. Sin embargo, como ya se ha mencionado, las experiencias del pasado demuestran que la elaboración de la violencia colectiva por medio del derecho penal varía con independencia de la paz y la estabilidad en sociedades de posconflicto.

Por lo tanto, permanece la pregunta ¿cuál es el interés del mundo que pudiera explicar su preocupación para hacer uso del derecho penal en una sociedad de posconflicto, si este derecho penal es despojado de sus argumentos convencionales así como de metas específicas como la paz mundial y la seguridad?

Hasta el momento sólo se puede ofrecer como observación inicial una especulación psicosocial y no una conclusión normativa, propia de un jurista en relación a su sistema de referencia. Las condiciones para la aparición del comportamiento destructivo intencional hostil a otros seres humanos, que correrían generalmente contra las asunciones más básicas y esenciales de preocupación humana por uno mismo y por los otros, y que típicamente contrarían dramáticamente a los estándares ordinarios del comportamiento social de los mismos individuos violentos en el contexto de sus vidas normales (esto es fuera de la situación específica de interacciones violentas con grupos humanos específicos), se encuentran mucho más allá de la imaginación de todos nosotros.

Confrontado con las imágenes de los horrores de la violencia colectiva, nosotros exigimos una acción inmediata (el llamado “efecto CNN”). Respondiendo a este fenómeno bien conocido para los que trabajan en la política criminal de igual modo a circunstancias ordinarias de miedo social, en el caso de violencia colectiva, el derecho penal es un recurso “barato” para la política, y nos provee un instrumento lógico dentro del cual la complejidad perturbadora de la violencia colectiva es reconstruida para nosotros, por especialistas, como un conjunto simplificado de relaciones causales que nos ayuda a medir lo inmensurable. Además, el enfoque del derecho penal en la responsabilidad individual ofrece exactamente los servicios que se necesitan para reducir la complejidad perturbadora del fenómeno de la violencia colectiva para que sea más fácil para nuestros ojos. Esto es puesto en evidencia en la expresión de los dos prototipos de violencia colectiva: los “crímenes de lesa humanidad” y el “genocidio” (*genos*: gr. raza, tribu y *cide*: lat. matanza).

2. *Justicia local*

Ahora bien, lo que no está incluido en esta explicación a nivel global es la pregunta sobre el papel que el derecho penal puede jugar a nivel local. Lo cual no es fácil de contestar si consideramos tanto la pluralidad de estrategias en el derecho para enfrentar la violencia social en las diferentes sociedades del mundo, como las relaciones entre la justicia penal estatal y otras formas de prácticas de justicia local, utilizadas en muchos países del mundo donde el monopolio de poder del Estado no coincide con el papel del Estado en las correlaciones de poder dentro de una sociedad rica industrializada del hemisférico occidental.

Por supuesto, es posible que el uso del derecho penal tenga el efecto pacificador atribuido a él por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en los casos Erdemoviæ y Deronjiæ. Sin embargo, como ya he mencionado, una mirada rápida a la pluralidad de instrumentos jurídicos disponibles para la elaboración social de conflictos violentos en muchas sociedades demuestran que también es posible conseguir los efectos pacificadores por otros medios.

Por esa razón, se necesita de un punto de partida basado en dos preguntas centrales:

1. ¿En qué medida las condiciones para y los efectos del uso del derecho penal en una determinada sociedad de posconflicto están limitando sus propios objetivos declarados?
2. ¿Estos objetivos se pueden alcanzar con otras instituciones sociales locales? Este es un tema que está completamente abierto para la investigación y es de gran interés para la práctica, específicamente en el campo de la justicia penal internacional con respecto a la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional.

El Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional ha seguido estas demandas para la investigación básica con respecto al Oriente Medio, implicando a expertos de más de 14 países de la región con un foco principal en las siguientes seis preguntas:

1. ¿Cómo se mantiene el orden social en los niveles micro, meso y macro, y cuáles son los factores estructurales predominantes, los escenarios y la fenomenología de conflictos violentos?

2. ¿Cuáles son las estructuras principales de autoridad?
3. ¿Quiénes son las principales figuras de autoridad dentro de las estructuras tradicionales y religiosas?
4. ¿Cómo contribuyen las estructuras informales de autoridad a la conservación del orden social *vis-à-vis* a las instituciones estatales formales?
5. ¿Cómo se resuelven disputas violentas a nivel local, es decir, entre y en las aldeas y/o grupos étnicos y/o religiosos?
6. ¿Cuáles son los principales elementos de los medios informales de la resolución de conflictos, por qué las personas obedecen las decisiones y cómo se hacen cumplir?

Basado en estas preguntas fundamentales, se ha recopilado información básica acerca de los instrumentos jurídicos plurales disponibles para la elaboración social de conflictos violentos en el Oriente Medio.

El objetivo a largo plazo, con este enfoque de investigación, es observar y analizar sistemáticamente, desde una perspectiva comparada en todas las regiones del mundo, los instrumentos jurídicos plurales disponibles a nivel local para la elaboración social de los conflictos violentos, lo que a largo plazo puede conducirnos, en un nivel global, a una comprensión transcultural sobre el papel del derecho penal en diferentes sociedades de posconflicto en el mundo.

Este resultado proporcionaría un estímulo para investigaciones adicionales encaminadas a explorar nuevos caminos para formular políticas con respecto al papel del derecho penal en el diseño de estrategias para manejar situaciones sociales de pos-conflicto.

Por otra parte, si la disciplina del llamado derecho penal internacional quiere ser tomada en serio, como parte de la teoría del derecho penal debe definir claramente el objeto y el propósito de sus metas. Sin embargo, esta vez la tarea no será de hacer reflexiones académicas sobre un orden penal preestablecido que es compartido por una determinada sociedad, sino, primero, establecer este orden. Este trabajo tendrá que basarse ampliamente en el derecho penal comparado. Para evitar una recaída al colonialismo, en el cual la ley no fue recibida sino impuesta a aquellos considerados no civilizados, el objetivo de este trabajo comparativo tendrá que ser mucho más amplio que cualquiera de los proyectos realizados hasta la fecha. Sin embargo, esto no será suficiente, pues, además de la sistematización del material normativo, el cual, diseñado para crimines ordinarios tendrá que ser re-

definido para ser empleado con el propósito de tratar la violencia colectiva. Es obvio que para entender las limitaciones de sus propias presunciones normativas, estos esfuerzos, en el derecho penal comparado, tendrán que basarse en un fundamento criminológico y victimológico sólido.

Llegando al final, el hecho de que se tiene que concluir la exposición con una agenda de investigación en lugar de presentar resultados de investigación sólidos parece ser poco satisfactorio. Sin embargo, se espera haber demostrado, en las reflexiones sobre la función del derecho penal en situaciones sociales de posconflicto, que en este campo de la investigación los resultados científicos están tan lejos de ser concretos como lo está el conocimiento sobre la complejidad de la violencia colectiva.