

## Justicia y mal absoluto\*

Por CRISTINA GARCÍA PASCUAL  
Universitat de València

### RESUMEN

*El problema que abordo en este trabajo gira en torno a los retos que la irrupción del llamado mal radical plantea en las sociedades contemporáneas. Cuando nos preguntamos cómo podemos o debemos enfrentarnos a los terribles hechos que han marcado la historia del siglo xx, estamos reconociendo que en ellos existen elementos nuevos que nos hacen dudar de los mecanismos con los que tradicionalmente el Estado se ha enfrentado a la ilegalidad. Tal vez sea la magnitud del mal, el número de víctimas o el número de ejecutores de ese mal, tal vez sea la intensidad del mismo o la intenciones de sus actores, pero su horror se nos presenta como algo inédito en la historia. Si las categorías tradicionales del pensamiento no sirven para hacer frente a esas realidades, podemos decir que ante el mal absoluto nos encontramos atrapados en un problema irresoluble, ante una aporía entre la in-apropiación de las categorías morales, jurídicas y políticas tradicionales para aprehender la realidad del mal y la necesidad apremiante de conseguir entenderlo. En la búsqueda de este entendimiento se desarrolla este trabajo.*

### ABSTRACT

*The main question of my paper is: How could we respond to the irruption of evil in society? How can we face and oppose the massive violations of*

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (CSD2008-0007) y en el proyecto Prometeo (GVPROMETEO2010-099).

*human rights? What should we do when those violations are carried on by States or by agents under the cover or tolerance of governments? Such question implies that we acknowledge in it and in the evil it deals with some novelty, a new «being», or a new quality that makes us doubt about the relevance and efficacy of traditional criminal law and sanctions in front of radical evil. It might be so because of the dimensions of the evil done, of the great number of victims and evil-doers, of the character and intensity of the evil itself, or of the intentions and aims of its agents; in any case its horror reveals us as something unprecedented in human history. If the traditional categories of thinking are not useful to conceptualise such reality, before such absolute evil we seem to be somehow trapped in a insoluble problem, in the tension between traditional moral, political and legal notions that are inappropriate to understand the reality of evil and the urgency to explain it. The paper thus intends to take a conceptual path that be able to avoid the obstacles we are confronted when facing absolute evil. To do so, it will have to raise a few questions about the basis of contemporary legal and moral world.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.–2. ¿QUÉ ES EL MAL ABSOLUTO? 2.1 *La conceptualización.* 2.2 *Un mal sin profundidad.*–3. CÓMO ENFRENTAR EL MAL ABSOLUTO. 3.1 *Problemas políticos.* 3.2 *Problemas morales.* 3.3 *Problemas jurídicos.*–4. UNA INQUIETANTE Y BREVE CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Cómo podemos vivir con el mal? ¿cómo podemos hacerle frente? Estas preguntas inician el libro de Carlos Nino que se publicó en 1996 bajo el título *Radical Evil On Trial*. En él, el jurista argentino retomaba una antigua tradición filosófica: la complejísima reflexión sobre el mal –para algunos nuestro primer problema teórico– y la sometía a las exigencias del razonamiento jurídico. Nino no pensaba, obviamente, en cualquier mal sino en ese que, tras la historia de sangre del siglo XX, ha sido denominado mal absoluto: «Ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado»<sup>1</sup>. Siguiendo los pasos de Nino quiero plantear aquí de nuevo estas preguntas: cómo enfrentarnos al mal, cómo responder a las violaciones masivas

<sup>1</sup> *Vid.*, NINO, C., *Radical evil on trial*, Yale University, New Haven, 1996, p. VII. Existe traducción española de Martín F. Böhmer, *Juicio al mal absoluto*, Barcelona, Ariel, 2006.

de derechos humanos. Cómo hacerlo cuando son cometidas desde el Estado o por quienes cuentan con el consentimiento y la tolerancia de sus gobiernos, consciente desde el inicio que difícilmente hallaremos respuestas.

Pasan los años y los campos de exterminio nazis, los campos de violación en la antigua Yugoslavia, las purgas estalinistas, la matanza de Srebrenica, los crímenes del franquismo o el genocidio de Ruanda no dejan de interpelarnos moralmente, a la vez que cuestionan nuestras más asentadas categorías jurídicas y políticas.

Cuando planteamos la pregunta de cómo podemos o debemos enfrentarnos a los hechos citados, estamos reconociendo que en buena parte de ellos existe un elemento nuevo que nos hace dudar de los mecanismos con los que tradicionalmente el Estado se ha enfrentado a la ilegalidad. Tal vez sea la magnitud del mal, el número de víctimas o el número de ejecutores de ese mal, tal vez sea la intensidad del mismo o la intenciones de sus actores, pero su horror se nos presenta a menudo como algo inédito en la historia.

Si las categorías tradicionales del pensamiento no sirven para hacer frente a esas realidades, podemos decir que ante el mal absoluto nos encontramos atrapados en un problema irresoluble, en una aporía entre la in-apropiación de las categorías morales, jurídicas y políticas tradicionales para aprehender la realidad del mal y la necesidad apremiante de conseguir entenderlo.

En palabras de Richard Bernstein, en «el mal hay algo, [...] que desafía y que se resiste a cualquier comprensión final»<sup>2</sup> y, no obstante, queremos y necesitamos comprender. Necesitamos, como dice H. Arendt, «examinar y cargar conscientemente con el peso que nuestro siglo nos impuso sin negar la existencia de ese mal y sin someternos mansamente a la carga»<sup>3</sup>. Esta es entonces la aporía del mal absoluto: su naturaleza insondable ante nuestra necesidad imperativa de llegar hasta el fondo, de conocer los hechos, de condenar a los actores, de aliviar a las víctimas y de evitar en el tiempo la repetición de esos horrores. No responder al mal sería tanto como sucumbir al mismo.

En pos de esta comprensión, nos enfrentamos a un camino lleno de obstáculos, que lleva, en primer lugar, a un intento de aproximación a la realidad del mal absoluto para, en segundo lugar, valorar los retos que el mal plantea al pensamiento moral, político y jurídico contemporáneo.

---

<sup>2</sup> BERNSTEIN, R. J., *Radical evil, a philosophical interrogation*, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 7. Existe traducción al castellano de M. G. Burelo, *El mal radical. Una indagación filosófica*, Ed. Lilmod, Buenos Aires, 2005, p. 22.

<sup>3</sup> «La comprensión, en suma –continúa Arendt– significa un atento e impremeditado enfrentamiento a la realidad, una resistencia a esta, sea la que fuere.» ARENDT, H., *Orígenes del totalitarismo*, traducción de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 1999, p. 5. Traducción levemente modificada por el autor.

## 2. ¿QUÉ ES EL MAL ABSOLUTO?

### 2.1 La conceptualización

Los filósofos, los politólogos y especialmente los juristas se sienten incómodos ante el uso del término «mal». Parece más adecuado hablar de injusticia, de violación de derechos humanos, de lo que es inmoral y no ético que de maldad<sup>4</sup>. La maldad no parece una expresión jurídica. Nos gusta repetir que en el proceso no se juzga a las personas sino a sus acciones en la medida en que son violaciones de normas jurídicas.

La palabra «mal» sin calificativos ya nos crea incomodidad e inquietud, las categorías del mal o las declinaciones del mismo no nos ofrece mayor tranquilidad.

Es sabido que fue Kant quien, en su obra *La religión dentro de los límites de la mera razón*, utilizó la expresión «mal radical» para referirse a una propensión de la voluntad a desatender los imperativos morales de la razón o para designar una innata propensión humana a la maldad<sup>5</sup>.

Este concepto de mal, radical en cuanto que tiene sus raíces en la naturaleza del hombre, resulta, sin embargo, insuficiente para dar cuenta de los horrores de los hechos acontecidos a lo largo del siglo XX. Ante las atrocidades de los regímenes totalitarios, el mal obtiene nuevos y terribles significados. Filósofos y pensadores hablan ahora del mal absoluto, o de mal radical en el sentido de mal extremo y también, como sabemos, de mal banal. La novedad de esta realidad del mal es difícil de concretar<sup>6</sup>.

Para Emmanuel Levinas, la novedad del mal radicaría en su desmesura, el mal de Auschwitz, dirá (tomando Auschwitz como representación del sufrimiento gratuito<sup>7</sup>), es un exceso en su esencia misma y en este sentido escapa —como dice Bernstein— a la posibilidad de «síntesis»<sup>8</sup>. La aporía del mal, sería para Levinas la base para afirmar

<sup>4</sup> Vid., BERNSTEIN, R. J., *op. cit.*, p. 2. En un trabajo posterior Bernstein denunciará, sin embargo, el abuso del término mal en el lenguaje de los políticos y de los medios de comunicación tras los atentados del 11 de septiembre del 2001. De la incomodidad en el uso del término se pasa al abuso del mismo. Véase BERNSTEIN, *El abuso del mal y la corrupción de la política y la religión desde el 11/9*, Buenos Aires, Katz, 2006.

<sup>5</sup> Vid., KANT, I., *La religión dentro de los límites de la mera razón* (1793), trad. cast. de F. Martínez Marzoa, parte primera, Madrid, Alianza, 1969.

<sup>6</sup> Sigo ampliamente la interpretación que realiza Bernstein de la obra de E. Levinas, H. Jonas y H. Arendt en relación a la idea de mal.

<sup>7</sup> Vid., LEVINAS, E., *Entre nous. Essais sur le penser-a-l'autre*, París, Grasset, 1991, p. 108. Existe traducción castellana de José Luis Pardo, *Entre nosotros*, Valencia, Pre-Textos, 1993.

<sup>8</sup> Vid., BERNSTEIN, R. J., *Radical evil*, cit., p. 174 y LEVINAS, E., «Trascendencia et mal» en *De Dieu qui vient à l'idée*, París, Vrin, 1992, p. 197.

que la diferencia entre el bien y el mal precede a la diferencia ontológica. La trascendencia del mal nos lleva a reconocer que la primera pregunta metafísica no es por qué existe algo y no nada, sino por qué existe el mal y no el bien. Lo ético tiene prioridad sobre lo ontológico; lo ontológico presupone lo ético<sup>9</sup>.

Para Hans Jonas, la novedad del mal radicaría en su conexión con las nuevas tecnologías y sus potencialidades. Los horrores del totalitarismo exigen una nueva ética en la medida que hemos podido comprobar por primera vez en la historia que las nuevas tecnologías han transformado la naturaleza y los resultados de la acción humana, que es posible la destrucción del planeta y con él de la vida humana. La nuevas tecnologías hacen que las consecuencias de nuestros actos a menudo excedan lo que podemos preveer. Por ello, Hans Jonas formula un nuevo imperativo categórico «Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra»<sup>10</sup>.

Frente a un mal que desborda las categorías filosóficas, que sitúa la ética por delante de la ontología o que exige la formulación de un nuevo imperativo categórico, el concepto de responsabilidad también parece quedar desbordado. Levinas declara la responsabilidad infinita del hombre de cada uno de nosotros por el sufrimiento injustificable de los demás. Una responsabilidad que antepone a mi vida la vida del otro, que no espera reciprocidad alguna. Un exigente concepto de responsabilidad que tiene una dimensión claramente supererogatoria ¿?, es decir, que supera las categorías morales y, sobre todo, jurídicas. Pero ¿es exigible la santidad? Levinas sólo nos dice que «no podemos dejar de admirar a la persona que en su ser está más ligada al ser del otro que al suyo propio. Creo –dirá– que lo humano comienza en la santidad; no en consumarla, sino en el valor que ésta tiene. Es el valor primero, un valor incuestionable»<sup>11</sup>.

Un mal absoluto genera una responsabilidad infinita, según Levinas. De la misma manera, Hans Jonas, y desde presupuestos distintos, nos sitúa frente a una responsabilidad del todo abrumadora. La dimensión del «silencio de Dios» ante Auschwitz es directamente proporcional a la dimensión de la responsabilidad del hombre. Estamos, pues, ante una responsabilidad ilimitada que se nos impone en virtud de nuestra propia condición humana. Si no podemos escapar del mal, tampoco podemos librarnos de nuestra responsabilidad<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> LEVINAS, E., «Trascendance et mal», cit., p. 201. Trad. mía.

<sup>10</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995, p. 40.

<sup>11</sup> LEVINAS, E., «Le paradox of Morality: An Interview with Emmanuel Levinas», en *The Provocation of Levinas: Rethinking the Other*, ed. Robert Bernasconi and David Wood, London, Routledge, 1988, pp. 172-173. Tomo esta cita de Bernasconi, R. *Radical evil*, cit., p. 179. Trad. mía.

<sup>12</sup> *Vid.*, BERNSTEIN, R.J., *Radical evil*, cit., p. 204.

Ciertamente, las reflexiones de Emmanuel Levinas, de Hans Jonas y de tantos otros pensadores que se enfrentan al problema del mal como el problema filosófico más relevante de nuestro época, nos llenan de perplejidades y si bien nos impulsan en nuestro inevitable esfuerzo hacia la comprensión de nuestra historia, también nos sitúan en una posición de impotencia. Necesitamos comprender lo incomprendible, pensar lo impensable, pero también necesitamos pautas para la acción, pautas para actuar después de la catástrofe. En Levinas y Jonas el reclamo a una responsabilidad infinita aparece como un instrumento para evitar que determinadas acciones vuelvan a repetirse. Pero nosotros necesitamos, no solo comprender el Mal, no solo tratar de evitarlo, sino también enfrentarnos a las consecuencias del mismo: ¿qué ocurre con las víctimas? ¿qué merecen los verdugos? ¿cómo la comunidad política debe enfrentarse a ese océano de sufrimiento presente en nuestra realidad? Es aquí donde la obra de Hanna Arendt resulta fundamental. Arendt, como otros pensadores, quiere entender la vinculación del mal con la condición humana, descende así a los orígenes de totalitarismo. Pero Arendt se enfrenta también al problema jurídico-político de tratar las consecuencias del horror. Frente a Jonas o Levinas, Arendt tendrá que pensar el mal en los límites de un proceso judicial y en el contexto de un Estado de Derecho. Su esfuerzo teórico sirve de puente para unir las exigencias filosóficas de la reflexión sobre el mal con la exigencias jurídicas.

## 2.2 Un mal sin profundidad

Hanna Arendt, como tantos otros, describe el mal que marca la historia del siglo xx como un mal sin precedentes. Un mal a veces denominado radical, en un sentido diferente al kantiano, otras extremo o banal. El mal radical del que habla Arendt es el que nace de los totalitarismos y que se manifiesta en un plan sistemático de destrucción de lo humano. En el contexto del campo de concentración, los hombres sufren un proceso de deshumanización que hace que su vidas resulten superfluas.

En primer lugar, a los prisioneros del campo se les niega la personalidad jurídica<sup>13</sup>, las sanciones o las penalidades que se infligen a las víctimas no son consecuencia de sus acciones. En el campo de concentración no hay derechos pero tampoco delitos ni sanciones. Se trata de un espacio fuera del sistema del derecho penal donde «el verdugo no justifica el trato que dispensa a la víctima, pues si reconociera que el daño que le causa es justo, estaría apelando a un marco compartido de normas y valores»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Vid., ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 545.

<sup>14</sup> MARRADES, J., «La radicalidad del mal banal», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 35, 2007, p. 82.

Donde no se reconoce el principio de responsabilidad de los propios actos no existe ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, se busca la destrucción de la personalidad moral, la preparación de cadáveres vivientes<sup>15</sup>, mediante la anulación de la capacidad de elegir entre el bien y el mal «La víctima del poder totalitario no puede elegir entre el bien y el mal, pues la única alternativa que le queda para evitar un mal es cometer otro: colaborar con el verdugo, para eludir su propia muerte; suicidarse, para no dañar a otros»<sup>16</sup>. Así el sistema totalitario pone fin a la capacidad de juicio moral corrompiendo toda solidaridad humana. Hacer el bien resulta imposible: «la complicidad conscientemente organizada de todos los hombres en los crímenes de los regímenes totalitarios se extiende a las víctimas»<sup>17</sup>.

Finalmente se pretende la destrucción de la individualidad personal negando la espontaneidad, «el poder del hombre para comenzar algo nuevo a partir de sus propios recursos, algo que no puede ser explicado sobre la base de reacciones al medio ambiente y a los acontecimientos»<sup>18</sup>. La manifestación más clara de la destrucción de la individualidad se produce cuando el hombre queda reducido a un muñeco fantasmal (un cadáver viviente), cuyo comportamiento no es más que un haz de reacciones, la última de las cuales es dirigirse como un robot hacia su propia muerte en la cámara de gas. «Borrar la frontera entre lo probable y lo improbable, de manera que pueda esperarse cualquier cosa. Así puede expresarse el ideal totalitario de negación de la individualidad del hombre»<sup>19</sup> y por tanto de pluralidad de la humanidad.

El proyecto de hacer de los seres humanos realidades prescindibles o seres superfluos define la idea de genocidio. La voluntad de aniquilación de un pueblo, de un grupo, presupone esta consideración del carácter superfluo de sus miembros. El genocida considera que determinados grupos de personas debería desaparecer de la faz de la tierra, el mundo puede prescindir de ellos, es decir, su presencia en la tierra es del todo superflua. Por esta razón, el proyecto de exterminio de un pueblo o colectivo de personas trasciende a sus propias víctimas, tiene efectos sobre la comprensión de lo que es la humanidad y constituye una ofensa a la humanidad misma.

Ciertamente, la novedad de ese mal que se desarrolla bajo el totalitarismo no residía en su totalidad en la terrible materialización de ese proyecto de destrucción de lo humano sino también en las motivaciones e intenciones de los actores de ese proyecto. Hablar del mal nos lleva siempre necesariamente a hablar de intencionalidad o de culpa.

---

<sup>15</sup> Vid., ARENDT, H., *op. cit.*, p. 548.

<sup>16</sup> MARRADES, J., *op. cit.*, p. 83.

<sup>17</sup> ARENDT, H., *op. cit.*, p. 549.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 552.

<sup>19</sup> MARRADES, J., *op. cit.*, p. 83.

La intencionalidad de los agentes del mal varía. En algunos casos, Arendt identifica sentimientos terribles pero humanos como es el resentimiento, el sadismo, la humillación, la codicia o el afán de poder. En otros casos, el mal infligido es el fruto de una adhesión ciega a una determinada ideología. Para Arendt en la historia de los crímenes del nazismo se produce un cambio:

*En los primeros campos de concentración y en las celdas de la Gestapo [se dio] una tortura irracional y de tipo sádico. Tras la que existía a menudo un odio y un resentimiento profundos contra los que social, intelectual o físicamente eran mejores que ellos. Ese resentimiento, que nunca se extinguió enteramente en los campos, nos sorprende como el último vestigio de un sentimiento humanamente comprensible.*

*El verdadero horror comenzó, sin embargo, cuando los hombres de las SS se encargaron de la administración de los campos. La antigua bestialidad espontánea dio paso a una destrucción absolutamente fría y sistemática de los cuerpos humanos, calculada para destruir la dignidad humana. La muerte se evitaba o se posponía indefinidamente. Los campos se convirtieron en «terrenos de entrenamiento» en los que hombres perfectamente normales eran preparados para llegar a ser miembros de pleno derecho de las SS<sup>20</sup>.*

En el segundo supuesto, la muerte o el sufrimiento de las víctimas no constituye un medio para la consecución de un fin y, por tanto, los guardias no son culpables de violar, en este sentido, el imperativo categórico kantiano. Por otra parte, si hacer el mal es algo en lo que hay que entrenarse, el mismo mal pierde una de sus cualidades definitorias tradicionales, deja de ser una tentación. Como la propia Arendt dirá, hablamos de crímenes que «no están contemplados en los Diez Mandamientos»<sup>21</sup>.

A la reflexión de H. Arendt sobre el mal, elaborada en su obra *Los orígenes del totalitarismo*, se sumará, diez años después, sus consideraciones a propósito del juicio celebrado en Jerusalem contra Adolf Eichmann<sup>22</sup>. Al esfuerzo por comprender qué es el mal, Arendt añadi-

<sup>20</sup> ARENDT, H., *op. cit.*, pp. 550-551.

<sup>21</sup> Así le explicaba Arendt en una carta a K. Jaspers la radicalidad de un mal que no responde ya al vicio del egoísmo ni a los pecados o debilidades humanamente comprensibles. ARENDT, H./JASPERS, K., *Correspondance 1926-1969*, ed. Lotte Kohler y Hans Saner, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992, 166. Tomo la cita del Richard J. Bernstein, *Radical evil*. p. 207.

<sup>22</sup> Diez años después de la publicación de *Los Orígenes del Totalitarismo*, en 1961, Hanna Arendt recibió el encargo de informar a los lectores del «New Yorker» sobre el juicio que se iba a celebrar en Jerusalem contra Adolf Eichmann. Desde su posición de reportera, observar el proceso, los movimientos del imputado, el papel de los medios de comunicación o los testimonios de las víctimas, llevarán a Arendt a repensar algunas de sus anteriores reflexiones sobre el mal. Así, en 1962, aparecerá la primera edición de su famosa obra *Eichmann en Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, New York, Viking Press, 1962. Citaré esta obra en su versión castellana *Eichmann in Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. cast. de Carlos Ribalta, Barcelona, Lumen, 1999.



rá ulteriores reflexiones sobre la posibilidad de someter el mal a juicio o de aplicarle las reglas del proceso. Arendt entiende claramente que en el proceso a Eichmann los jueces se enfrentan a un nuevo tipo de crimen que ofende a la humanidad y a nuevo tipo de criminal que es en realidad un *hostis humani generis*.

El juicio a Eichmann pondrá en evidencia que los crímenes del nazismo no nos hablan sólo de perversiones morales, de sujetos psicópatas, de odio, pasiones incontroladas o fanatismos ideológicos sino ante todo de «hombres perfectamente normales» que actuaron guiados por intereses menores o extraordinariamente superficiales o banales.

Cuando Arendt observa a Eichmann, cuyas acciones llevaron a la muerte a miles de personas, no ve un monstruo de maldad sino un funcionario gris sin especiales convicciones ideológicas y sin un enfervorizado antisemitismo<sup>23</sup>. La personalidad de Eichmann, quien nunca mató a nadie con sus propias manos, contiene una clave para la comprensión del genocidio o los delitos de lesa humanidad como procesos en los que miles de personas colaboraron en mayor o menor medida en la muerte y tortura de otras tantas. Cómo explicar que ciudadanos normales pasaran a las filas de la delación, de la colaboración, complicidad o autoría. Muchos de ellos, mostrará Arendt, actuaron banalmente y el terrible mal que crearon e inflingieron fue posible por la irreflexividad de sus decisiones, por la suspensión de la propia capacidad de juicio, por la renuncia, también aquí, a un elemento que define nuestra condición de humana.

Cuando hablamos de genocidio o de violaciones masivas de los derechos humanos el número es un elemento definitorio. Un número elevado de víctimas exige un número elevado de verdugos. Poblaciones que hasta ayer vivían pacíficamente, se despiertan hoy unidas contra un grupo y, en colaboración con las autoridades, dispuestas a la negación del otro. Si no es verosímil imaginar que las personas que hasta ayer vivían una vida normal, hoy se hayan convertido por cientos en psicópatas, entonces tendremos que pensar que el caso de Eichmann contiene mayor capacidad explicativa que la que le circunscribe a su persona y acciones.

---

<sup>23</sup> Como explica Berstein Arendt plantea el problema del mal sin intención. «*In our common moral discourse (as well as in the philosophical) there has been a well-entrenched belief that those who commit evil deeds must have evil motives. The more evil the deeds, the more wicked are the motives. This is the belief that Arendt is critiquing. Individuals who are neither monsters, perverts, sadist, nor ideological fanatics, individuals who are motivated by little more than ambition, the desire to please their superiors and advance their careers can—in the circumstances of totalitarianism—commit the most horrendous evil deeds. In a different society and in a different historical circumstances, Eichmann might well have been an innocuous petty bureaucrat... What is so frightening about the bureaucratic conditions of modernity is that they increase the potential for this sort of evil. And just Arendt claims that radical evil remains a live possibility even after the end of totalitarianism regimes, so this is true of the banality of evil*» (BERNSTEIN, R.J., *Radical evil*, cit., p. 232).

La banalidad del mal significa negar al mismo cualquier profundidad, cualquier épica o grandeza, no hay lugar para la mítica, no estamos ante hechos sobrehumanos, ni ante sujetos demoniacos sino ante seres humanos a los que podríamos calificar como «normales» y al mismo tiempo como agentes del mal absoluto. Personas, en cuyas acciones observamos cómo, terriblemente, el mal se separa de la culpa o de la intención. Este reconocimiento, la idea de que el mal absoluto constituye un proyecto a gran escala de negación de lo humano, hecho posible con la colaboración de cientos de personas movidas muchas de ellas por fines superficiales, no va a facilitar, desde luego, la posibilidad de enfrentarnos a las consecuencias de ese mal con los instrumentos del Estado de Derecho.

### 3. CÓMO ENFRENTAR EL MAL ABSOLUTO

Siguiendo el esquema de Carlos Nino, pensar en cómo enfrentarnos al mal absoluto nos sitúa ante tres órdenes de problemas: políticos, morales y jurídicos. Ciertamente, la separación entre estos tres órdenes resulta un poco forzada e imposible de mantener de forma estricta. Aunque, considero, resulta útil a la hora de ordenar la multitud de cuestiones que aquí se suscitan.

#### 3.1 Problemas políticos

Tras una realidad como la descrita por Hanna Arendt, tras un genocidio, tras un conflicto bélico o un proceso de cambio de régimen político construido sobre masivas violaciones de derechos, el rastro de dolor y violencia resulta insoportable. Parece inexcusable recordar a las víctimas, hacer memoria, analizar lo pasado, sancionar a los culpables, elaborar un relato público de los hechos ocurridos, descender hasta los detalles para comprender y superar ese terrible momento de la historia. Paradójicamente, como todos sabemos, a menudo las sociedades dañadas por estos procesos, han abrazado, como comunidad política, el ideal del olvido como la mejor manera de superar el mal. La capacidad de respuesta ante el mal parece descender a medida que aumenta su gravedad y finalmente la historia del mal extremo es la historia de la desmemoria política y de la impunidad jurídica. Por eso, cuando pensamos en hacer frente al mal debemos previamente resolver el dilema político que se extiende entre la memoria y el olvido. Como comunidad, como colectivo ¿queremos verdaderamente hacer memoria? ¿nos conviene recordar? o ¿el recuerdo impedirá la paz social y nos empujará de nuevo a una escalada de violencia?

Obviamente en esta valoración influyen distintos elementos, que han sido estudiados en numerables trabajos. No será lo mismo que

afrontemos una transición política a la que algunos de los actores de las violaciones de derechos se suman y permiten el paso a un sistema democrático que un régimen que cae colapsado como el argentino, una restauración como la que se produce en Austria o una devastación como la que sufre Alemania. No será igual, si los estragos son causados con gran implicación de la población o por ejércitos o por guerrillas extranjeras. Los números también serán determinantes y, desde luego, la crueldad de los hechos ocurridos.

Por otra parte, la reconstrucción de la memoria puede pretender realizarse bajo iniciativas políticas de reconstrucción de los hechos, respeto y reconocimiento público de la víctimas o por comisiones de la verdad, pero nada puede sustituir a la instancia judicial en la aspiración de concretar las responsabilidades individuales y sancionar a los culpables.

Cuando todas las expectativas de justicia quedan reducidas a procesos judiciales, inevitablemente sobre ellos se fundan las esperanzas no solo de justicia individual sino de justicia colectiva. La responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual parecen una misma cosa. Pero a la Administración de Justicia se le pide demasiado.

El Estado utiliza la potente simbología del proceso penal para fines que no son meramente punitivos o disuasorios. El proceso, como sostiene Martti Koskeniemi, adquiere un sentido religioso y, a través del mismo, el Estado actúa como un agente moral. Es el simbolismo del proceso penal el que permite a la comunidad afirmar sus principios fundamentales y convertirse en una comunidad moral viable<sup>24</sup>. Si el proceso es internacional la comunidad moral que se afirma es la comunidad internacional.

Por otra parte, las víctimas esperan del proceso una forma de hacer memoria colectiva, una oportunidad de ser oídos públicamente, un reconocimiento oficial a su dolor... No buscan, sólo la condena del imputado sino el reconocimiento público del mal que les ha sido infligido. Del proceso se espera todo aquello que, tal vez, hubiera podido realizar mejor, o debiera haber realizado, una comisión de la verdad (reconstrucción de los hechos o un espacio para escuchar el relato de la víctimas) o unas políticas activas de los gobiernos en el tratamiento de las víctimas.

Pero reconstruir la memoria o afirmar los valores morales de la comunidad sólo a través del proceso tiene sus peligros. Como nos recuerda Koskeniemi, la reconstrucción de la verdad en el proceso no puede contar con la dócil colaboración del acusado. Para que el proceso sea legítimo, el acusado debe en cierta medida expresarse. Pero en este caso, podrá poner en cuestión la versión de la verdad pre-

---

<sup>24</sup> Vid., KOSKENIEMI, M., *La politique du droit International*, trad. fran. H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Paris, Editions A. Pedone, 2007, p. 236.

sentada por el Fiscal y relativizar la culpabilidad que le imputa<sup>25</sup>. Dar la palabra al acusado supone tener que oír, a veces, tesis negacionistas o la reafirmación de ideales de violencia.

Para transmitir una verdad histórica clara a la audiencia el proceso debería hacer callar al imputado. Transformándose así en un proceso espectáculo. En este caso la justicia se muestra como justicia de los vencedores y la condena carece de valor moral universal. Entender la justicia penal como un instrumento de verdad y de memoria, de divulgación es importante por razones que no tienen que ver con la condena del individuo. Podemos hablar de un deber de memoria pero la memoria no es algo que pueda fijarse de manera autoritaria por un proceso jurídico<sup>26</sup>.

Pretender que el proceso actúe de esta manera, como decía, resulta excesivo y propicia el equívoco entre la responsabilidad individual, que es la única que puede sustanciarse en un proceso, y la responsabilidad colectiva. Sugiere que es posible la culpa colectiva cuando la culpa es solo individual.

En el ámbito internacional, los realistas siempre han señalado la debilidad de los procesos jurídicos que no pueden aprehender la amplitud de los acontecimientos de la política internacional<sup>27</sup>. Para el realista Hans Morgenthau, por ejemplo, el proceso solo ilumina un aspecto del conflicto deformándolo, es individual y el conflicto es global y por tanto es contra-productente respecto al objetivo perseguido inicialmente que es el de encontrar la reconciliación y la verdad. El hecho de poner el acento sobre los individuos ofrece una coartada para exculpar a las población de su responsabilidad<sup>28</sup>. La reflexión de Morgenthau recuerda también posiciones como las de C. Schmitt quien, como es sabido, se resiste a admitir que una guerra pueda ser considerada una violación del Derecho y sus responsables puedan ir a juicio<sup>29</sup> o, desde una posición ideológica contraria, a las de T. Judt «Precisamente a causa de haber establecido tan absolutamente la culpabilidad personal de los dirigentes nazis, muchos alemanes se sintieron con derecho a creer que el resto de la nación era inocente, que los

---

<sup>25</sup> Koskenniemi pone el ejemplo del proceso a K. Barbie, en el que la defensa del abogado Jaques Vergès se basa en la denuncia de los crímenes del Estado francés en Argelia, utilizando la técnica, denominada por el profesor finlandés del «*tu quoque*», con «*un effect public maximal, de démontrer, qu'en fin de compte, il n'y avait pas de différence essentielle entre les agissements de Barbie a Lyon et le racisme français durant l'ère coloniale*» (KOSKENNIEMI, M., cit., p. 257).

<sup>26</sup> Vid., KOSKENNIEMI, M., cit., p. 261.

<sup>27</sup> Vid., KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2002, pp. 440-445.

<sup>28</sup> Vid., MORGENTHAU, H. J., *The Decline of Democratic Politics*. The University of Chicago Press. Chicago, 1969, pp. 432. Cfr. Del mismo autor, MORGENTHAU, H. J., *La Lucha por el Poder y por la Paz*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.

<sup>29</sup> Vid., SCHMITT, C., *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del «ius publicum europaeum»* trad. cast. de Dora Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

alemanes como colectivo, eran tan víctimas pasivas del nazismo como cualquier otro»<sup>30</sup>.

Otros juristas han valorado también negativamente el papel de la justicia penal con miras a la reconstrucción del sistema democrático. Es el caso de Samuel Huntington quien considera que los procesos de justicia retroactiva deben ser gestionados exclusivamente por la política, dado que los costos de las persecuciones penales sobrepasan los sus beneficios morales. La democracia se basa en la reconciliación y en dejar atrás la divisiones, por otra parte, las amnistías crean bases sólidas para la democracia<sup>31</sup>. O, desde un presupuesto bien diverso, el de Bruce Ackerman que nos recuerda que la adscripción de responsabilidades, la justicia retroactiva, podría engendrar resentimiento, crear profundas divisiones entre varios sectores de la sociedad e inevitablemente exacerbar las dificultades inherentes que supone lograr la justicia retroactiva<sup>32</sup>. Frente a ambos, Nino ve en los juicios por violaciones de derechos humanos cometidos en el pasado magníficas ocasiones para la deliberación social y el examen colectivo de los valores morales que fundamentan las instituciones públicas<sup>33</sup>. «Todo dependerá de lo que haga a la democracia un sistema autosuficiente [...] Tal vez existan circunstancias en la que los juicios y la investigación de abusos de los derechos humanos socavan la estabilidad democrática. Pero puede ser también verdad que la estabilidad alcanzada al desistir de la justicia retroactiva socave los valores morales que fundamenten el sistema democrático».

Al final, la renuncia al instrumento judicial solo puede ser defendida desde el pragmatismo, desde el consecuencialismo, ningún argumento de tipo sustancial puede fundamentar la impunidad.

En mi opinión, tal vez el problema resida en cifrar todas las esperanzas de justicia en los procesos penales o en situarnos ante la falsa alternativa de deber elegir entre las medidas políticas y las medidas judiciales como si se tratará de procedimientos autoexcluyentes. O nos enfrentamos a las masivas violaciones de derechos humanos únicamente con procedimientos judiciales o únicamente con medidas políticas, estas últimas a menudo como coartada para la inacción y la impunidad. En realidad, más que ante un dilema nos encontramos ante procedimientos que deberían ser complementarios. Podemos

<sup>30</sup> JUDT, T., *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, trad. cast. de Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey. Madrid, Taurus, 2006, p. 94.

<sup>31</sup> *Vid.*, HUNTINGTON, S.P., *The third Wave: Democratization in the Late twentieth Century*, Norman: University of Oklahoma Press, 1991, p. 221.

<sup>32</sup> *Vid.*, ACKERMAN, B., *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992, pp. 72-73. Existe traducción española de Jorge Malem, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.

<sup>33</sup> «Cuando se investigan y juzgan abusos masivos a los derechos humanos, propiciamos la deliberación pública, la dinámica que provocó esas violaciones deviene en objeto de crítica colectiva y de la discusión pública. Lo que se discute es el valor mismo de la democracia» (NINO, C., *op. cit.*, pp. 198-199).

reconocer parte de razón en las palabras de Morgenthau y afirmar que la responsabilidad colectiva no se puede sustanciar en un proceso, «una tragedia puede ser tan grande que castigar a un individuo nunca es una respuesta adecuada», pero esta afirmación no nos puede conducir a cejar en nuestro empeño de concretar las responsabilidades individuales. Al fin y al cabo porque como sostiene Hannah Arendt, «donde todos son culpables nadie lo es»<sup>34</sup>.

Así deberíamos admitir que existe la responsabilidad colectiva y que respecto ella se dirige nuestro deseo de educar a la gente y de hacerles comprender las verdades históricas. Aceptamos, así, algunos presupuestos de las teorías realistas: la necesidad de tomar en consideración el contexto o considerar el conflicto como algo no estrictamente individual. Sin embargo, deberíamos admitir también que si la responsabilidad puede ser colectiva nunca puede serlo la culpa, que esta es solo individual<sup>35</sup> y que es la responsabilidad que genera la que se debe exigir y sustanciar en un proceso. Admitimos el presupuesto del realismo pero negamos su conclusión, es decir, negamos la idea de que el Derecho no tiene nada que decir ante los crímenes más graves que podemos imaginar.

### 3.2 Problemas morales

El dilema entre la memoria y el olvido constituye en sí mismo un agravio para las víctimas. Tal vez una comunidad, pragmáticamente, pueda renunciar a un relato de los hechos, pueda renunciar a conocer su historia, a dar a las víctimas el reconocimiento, a asumir su responsabilidad colectiva. Pero ¿resulta moralmente admisible para una sociedad no perseguir, castigar las violaciones de derechos humanos? ¿puede un Estado de Derecho negar la tutela judicial a la víctimas de un delito? ¿puede la Administración de Justicia negar protección a la víctimas de crímenes contra la humanidad y perseguir a los ladrones o a los que defraudan al fisco?

Cuando renunciamos al instrumento penal en pos de la paz social o del perdón colectivo, cuando descartamos el proceso para sustanciar responsabilidades en nombre de la reconciliación ¿no está el Estado tomando decisiones que son estrictamente individuales? ¿puede el Estado obligar a que la propia individualidad de la víctimas se disuelva en la sociedad? En este sentido van las palabras de Jean Améry cuando afirmaba «una disponibilidad a la reconciliación proclamada públicamente por la víctimas del nazismo no puede representar más que insensibilidad e indiferencia frente a la vida o conversión masoquista de una exigencia de venganza *auténtica* reprimida. Solo perdo-

---

<sup>34</sup> ARENDT, T.H., *Responsability and Judgment*, New York, Schocken books, 2003, p. 28.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 29.

na realmente quien consiente que su individualidad se disuelva en la sociedad y quien es capaz de concebirse como función del ámbito colectivo, es decir, como sujeto embotado e indiferente»<sup>36</sup>.

Si decidimos, así, que la vía penal es imprescindible en un proceso de justicia transicional, tendremos que admitir, no obstante, que hemos iniciado un camino lleno de dificultades. Si hablamos de miles de muertes, si los culpables también se cifran por miles, si no hay, por ejemplo, posible proporción entre la acción que debemos juzgar y las sanciones de las que disponemos, la dudas acerca de la adecuación del instrumento penal reaparecen. Ahora la duda relevante no es acerca de la capacidad de los procesos judiciales para crear paz social o para servir a los fines de la estabilidad de la democracia, sino acerca de la posibilidad efectiva de la individualización de la responsabilidad frente a las violaciones masivas de derechos humanos. Aquí un gran sentimiento de impotencia nos embarga, para Nino íntimamente relacionado con la idea de que las metas que justifican el castigo son difícilmente alcanzables en las circunstancias de los genocidios o crímenes de lesa humanidad<sup>37</sup>.

El primer lugar, se duda sobre la posibilidad de alcanzar el fin de la prevención general. Si los crímenes –dirá Koskenniemi– contra la humanidad provienen de un mal que supera las fronteras de la racionalidad instrumental y que no tiene objetivo más allá de sí mismo, los cálculos relativos a la probabilidad de una pena futura, no entran, por definición, en el juego. Simplemente no hay cálculo<sup>38</sup>.

En el mismo sentido que Koskenniemi, Hanna Arendt sostiene que «es propio de la naturaleza humana que todo acto ejecutado una vez e inscrito en los anales de la humanidad siga siendo una posibilidad mucho después de que la actuación haya pasado a formar parte de la historia. Jamás ha habido castigo dotado de suficiente ejemplaridad para impedir la comisión de delitos. Contrariamente, sea cual fuere el castigo, tan pronto un delito ha hecho su primera aparición en la historia, su repetición se convierte en una posibilidad mucho más probable que su primera aparición»<sup>39</sup>.

Por lo que se refiere a la prevención especial, de un lado, es difícil imaginar la reinserción social de los partícipes en un genocidio, que puedan reformarse con penas de prisión, de otro, no es razonable considerar que vayan a cometer nuevos delitos; la sociedad no tiene ninguna necesidad de protegerse de ellos<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> ARMERY, J., *Mas allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, trad. cast. de Eduardo Aznar Inglés, Valencia, Pre-Textos, 2001, p. 152.

<sup>37</sup> *Vid.*, NINO, C., *op. cit.*, p. 201.

<sup>38</sup> *Vid.*, KOSKENNIEMI, M., *op. cit.*, p. 234.

<sup>39</sup> ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalem*, cit., p. 395.

<sup>40</sup> *Vid.*, ARENDT, H., *Responsability and Judgment*, cit., p. 56.

También se duda sobre la posibilidad de que la penas que se puedan imponer a estos delitos puedan alcanzar el fin de la retribución. No podemos hablar de retribución, se nos dice, en la medida en que salda la proporción entre los hechos y el castigo. ¿Cómo podemos distinguir el castigo de esos hechos del que damos a un crimen ordinario? Parece evidente que la condena o no de Milosevic no es respuesta «adecuada» a la muerte de 200.000 personas<sup>41</sup>. Algunos juristas y politólogos consideran, así, que ante el mal absoluto la sanción queda descarnada de cualquier teoría que pueda justificarla. Si no cabe ni la retribución, ni la prevención ¿por qué deberíamos castigar?

Creo, sin embargo, que antes de contestar a esta pregunta deberíamos cuestionar algunas de las tesis que la sustentan:

(i) Las afirmaciones sobre la imposibilidad de que la pena pueda disuadir o pueda realizar la función de prevención general, siendo persuasivas son incontestables o imposibles de verificar. Lo único que sabemos mirando al pasado es que los peores crímenes quedaron impunes y que si alguno de ellos se repitieran en nuestros días los instrumentos con los que contamos todavía no nos permitirían superar la generalizada impunidad.

Sabemos, asimismo, que la publicidad con la que muchos de estos crímenes se realizaron sugiere que sus autores consideraban improbables los castigos presentes y futuros. Es difícil pensar que este altísimo sentimiento de impunidad no juegue un rol decisivo a la hora de determinar las posiciones de tantos colaboradores en las violaciones masivas de derechos.

Necesariamente, también deberíamos tener en cuenta los distintos contextos y las distintas personalidades criminales a las que nos estemos enfrentando. De nuevo, no será igual si hablamos de los crímenes del nazismo o si pensamos, por ejemplo, en el caso argentino.

(ii) Por otra parte, cabría también señalar que la impotencia que nos genera la dificultad de alcanzar los fines de la pena en los procesos contra violaciones masivas de los derechos humanos, la podemos sentir también ante otro tipo de delitos que podríamos considerar menores u ordinarios. En numerosas ocasiones el castigo generalizado de ciertas ilegalidades no logra disuadir su comisión. A veces, nos encontramos supuestos en que el castigo solo se justifica por una retribución<sup>42</sup> en la que no hay proporción posible.

Obviamente, responder a la pregunta de por qué debemos castigar, pasa por admitir que en toda sanción penal persiste el elemento de la retribución (con mayor o menor proporcionalidad) y que la imposibilidad de conseguir otros objetivos no nos hace renunciar a la misma.

<sup>41</sup> Vid., KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit*, cit., p. 229.

<sup>42</sup> Nino intenta sortear este problema construyendo una teoría propia de justificación de la pena: la teoría del consentimiento. Vid., NINO, C., *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, Gedisa, 2009.



Tal vez ante el mal extremo la reacción del derecho no parezca suficiente o adecuada, pero cabría recordar que no contamos con ningún instrumento mejor o alternativo. El problema que nos muestra el castigo del mal absoluto no es otro, en definitiva, que el eterno problema de la pena y sus fines.

Juzgamos porque nos parece mejor el procesamiento de los actores de las violaciones de derechos que la inacción, nos parece mejor el castigo que la impunidad. Porque, en definitiva, afirmamos el derecho y sus presupuestos morales. Si en el Lager no había derecho, si a las víctimas se les negaba el reconocimiento de su personalidad jurídica, si sus sufrimientos no eran la consecuencia de ninguna acción sino del arbitrio, el proceso penal nos ofrece la posibilidad de revertir este camino. Puesto que, citando de nuevo a Hannah Arendt, «la ley presupone precisamente que existe una comunidad en lo humano con aquellos a quienes acusamos, juzgamos y condenamos»<sup>43</sup>.

### 3.3 Problemas jurídicos

Si pensamos ahora en los problemas estrictamente jurídicos el primero, sin lugar a dudas, es el problema de la irretroactividad del derecho sancionador. Todo jurista sabe que una norma sancionadora no puede aplicarse retroactivamente, opera sobre la misma una prohibición que se basa en la idea de que no sería correcto que una persona fuera condenada por una acción que en el momento en que la cometió no constituía, para el ordenamiento jurídico al que estaba sometido, delito alguno.

El principio de irretroactividad de la ley penal es una expresión del imperio de la ley, de la racionalidad del Derecho y del ideal de seguridad jurídica. Para Lon Fuller constituía uno de los elementos que configura aquello que él denominaba el *derecho natural procesal*. La retroactividad no puede ser una característica del derecho porque este, por naturaleza, es lo contrario a la arbitrariedad.

La irretroactividad de las leyes sancionadoras constituye, así, un obstáculo para procesar y condenar a los actores de violaciones masivas de derechos humanos allí donde estas han sido cometidas amparadas por un ordenamiento jurídico, por la Administración del Estado o con su colaboración. El problema de la irretroactividad, aunque ha sido paliado con el desarrollo del derecho penal internacional, persiste en la mayoría de procesos por violaciones masivas de derechos humanos.

¿Es la irretroactividad penal un principio inamovible o puede excepcionarse ante la realidad del derecho injusto? Muchas respuestas se han dado a este problema. Para Judith Sklar, situados ante el dilema de hacer prevalecer la justicia o la ley deberíamos valorar qué pesa más si el mantenimiento de la legalidad o los beneficios que este tipo de

---

<sup>43</sup> ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalem*, cit., p. 364.

juicios producen al despertar una conciencia legal<sup>44</sup>. Si no nos satisface, sin embargo, una respuesta consecuencialista a la manera de Sklar, entonces inevitablemente debemos entrar en una reflexión más profunda que nos conduce a la concepción de Derecho, a la justificación del deber de obediencia al derecho y, de nuevo, a los fines de la pena.

Hans Kelsen en 1947, y valorando el trabajo realizado en los procesos de Nuremberg, afronta el problema de la retroactividad del derecho penal de manera un tanto sorprendente. Primero Kelsen relativiza la norma o regla de la irretroactividad. Se trata de una regla no absoluta que coexiste en nuestros ordenamientos junto con otras reglas en cierta medida contrarias como aquella que sostiene que «la ignorancia de la ley no excluye su cumplimiento». En la base de la regla de la no retroactividad subyace el principio de que el derecho no se debe aplicar a una persona que no lo conoce. Sin embargo, el desconocimiento del derecho no libera a los individuos de sus deberes jurídicos. Desde el punto de vista psicológico del sujeto al que van dirigidas las prescripciones legales, no hay diferencia alguna entre una norma que se le aplique retroactivamente o una norma, desconocida para él, que se le aplique no retroactivamente.

Pero si no aceptamos una respuesta consecuencialista al problema de la retroactividad del derecho tampoco podemos aceptar una respuesta construida sobre lo meramente psicológico o subjetivo. Por ello, en segundo lugar, Hans Kelsen irá más allá y sostendrá que la norma que establece la irretroactividad de las normas sancionadoras está basada en un principio de justicia que entraría en conflicto con otros principios del ordenamiento jurídico. De una argumentación basada en reglas pasa así a una argumentación basada en principios, elementos, ciertamente, extraños a la Teoría Pura del derecho. En el caso en que dos postulados de justicia estén en conflicto entre ellos, dirá el jurista austriaco, el mayor o el más alto, debe prevalecer. Castigar a aquellos que fueron moralmente responsables de los crímenes internacionales durante la II Guerra mundial puede ser considerado, sin lugar a dudas, más importante que aplicar la regla, relativa y abierta a tantas excepciones, contra las leyes *ex post facto*<sup>45</sup>. Cuando Kelsen valora el trabajo realizado por los jueces en los procesos de Nuremberg, encuentra muchas razones para la crítica pero ninguna de ellas tiene que ver con la violación de principio de irretroactividad de la ley penal.

Ciertamente, solo desde un positivismo más radical que el de Hans Kelsen, solo desde el positivismo ideológico puede entenderse que cualquier prescripción emanada de un órgano que detenta el monopo-

---

<sup>44</sup> Vid., SKLAR, J.N., *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>45</sup> Vid., KELSEN, H., «Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International law?», *The International Law Quarterly*, 1947, vol. 1, núm. 2. p. 15.

lio de la fuerza en una sociedad contiene en sí misma las razones que justifican la acción. Desde cualquier otra posición deberemos admitir que las normas jurídicas por sí mismas no constituyen razones operativas para justificar acciones o decisiones.

La debilidad del positivismo ideológico nos lleva a la búsqueda de una fundamentación del deber de obediencia basada en principios morales puesto que sabemos que el derecho solo puede producir razones para la obediencia si está respaldado por principios morales. Ahora nos enfrentamos a un problema distinto: la paradoja del carácter superfluo de las leyes. Si las leyes solo pueden producir razones para su obediencia si están respaldadas por principios morales ¿necesitamos el gobierno de las leyes?

Carlos Nino se enfrenta a esa paradoja afirmando la superioridad de la democracia y del derecho producido a través de un proceso deliberativo bajo el principio de mayoría. Es decir, a pesar de que las normas no pueden justificar por sí mismas razones para la acción o decisiones, esas normas no son superfluas cuando tienen un origen democrático. En ese caso podemos suponer que los principios morales en que se apoyan justifican la acción. Las leyes democráticas tienen la presunción de mayor validez moral. «Obviamente es solo una presunción –dirá– pero suficiente para justificar la obediencia a las leyes, de otra manera estaríamos socavando la efectividad de todo el proceso democrático que en general es más digno de confianza que la reflexión individual»<sup>46</sup>.

Podríamos decir así que la superioridad del sistema democrático respecto a otros sistemas políticos nos conduce a la presunción de la justicia de las normas que de ese sistema emanan, y en el caso excepcional de que no ocurriese así permanecería el deber de obediencia simplemente porque el procedimiento deliberativo colectivo merece más confianza que el procedimiento de reflexión individual.

Si aplicamos las tesis de Nino a la realidad de los grandes procesos de violaciones masivas de derechos humanos en el marco de una guerra o fuera de ella, vemos que efectivamente el derecho injusto no tiene un origen democrático, no está avalado por un proceso de toma de decisiones deliberativo con su inherente tendencia a la imparcialidad. Aunque el ordenamiento jurídico nacionalsocialista, las normas jurídicas durante el régimen franquista o las normas argentinas bajo el régimen militar estuvieran debidamente positivizadas y fueran eficaces socialmente no tenían, que duda cabe, una génesis democrática. Utilizarlas como razones para justificar una acción equivale a equiparar la legitimidad de la democracia y de la dictadura.

Cuando se rompe la legalidad democrática y se instaura un régimen dictatorial, no parece admisible que las atrocidades cometidas bajo ese régimen deban juzgarse con las normas que el propio régi-

---

<sup>46</sup> NINO, C., cit., pp. 158-159.

men produjo. No obstante, sabemos que la presunción de validez moral de las normas democráticas es solo eso, una presunción. Deberíamos pensar también en la posibilidad de encontrarnos ante una norma jurídica que, contando en su creación con el debido proceso deliberativo de formación de la voluntad, resultará inmoral o injusta. Nino parece afirmar que aun en ese caso deberíamos obedecerla a los fines de la estabilidad del sistema democrático, o tal vez ante la dificultad de concretar lo justo y la preferencia por la decisión colectiva frente a la individual.

Justamente, ante la hipótesis del derecho injusto con independencia de su génesis, se construye la famosa «cláusula Radbruch», una forma bien diferente de enfrentarse al problema del Derecho injusto y en cierto modo más articulada que la posición kelseniana.

Atendiendo a la famosa teoría de Gustav Radbruch, el derecho positivo pierde su validez (*Geltung*) cuando «la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insostenible, que la ley, en tanto que “derecho injusto” (*unrichtiges Recht*), ha de ceder ante la justicia»<sup>47</sup>. De forma resumida podríamos decir que la fórmula sostiene simplemente que «el derecho extremadamente injusto no es derecho». Como apunta Robert Alexy lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos<sup>48</sup>. «Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el concepto de derecho»<sup>49</sup>.

Pero junto a las cuestiones en torno al principio de no retroactividad, jurídicamente los procesos penales por delitos de genocidio, lesa humanidad o otras violaciones masivas de derechos humanos presentan otros muchos problemas derivados justamente de esas categorías de lo excepcional, lo extremo o lo insostenible y que aquí solamente mencionaré. Si hablamos de cientos de víctimas pero, sobre todo, si hablamos de cientos de verdugos, el proceso para la individualización de la responsabilidad de todos los actores parece titánico.

Resulta difícil la determinación de la autoría. Cuando los crímenes se realizan apoyándose en el aparato burocrático del Estado o cuando

---

<sup>47</sup> RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México/Madrid/ Buenos Aires, FCE, 1974, pp. 178-180.

<sup>48</sup> Es decir, en un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería prevalecer el Derecho positivo, incluso cuando sea injusto, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley deba ceder como «Derecho injusto» ante la justicia.

<sup>49</sup> ALEXY, R., «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal», *Doxa*, p. 205. *Cfr.*, del mismo autor ALEXY, R., «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centenarios del Muro de Berlín», 2000, núm. 23, pp. 197-230.

la acción criminal responde a una larga cadena de órdenes y son muchos los individuos que de algún modo podemos considerar autores. Así, puede ocurrir que el ejecutor o el asesino fáctico no sea quien detente una mayor responsabilidad en el ejercicio de la acción. Al contrario, en general en muchos de estos crímenes, como se puede leer en la sentencia que condeno a Eichmann, «el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que usa el instrumento fatal con sus propias manos»<sup>50</sup>.

También es especialmente problemática la valoración de los elementos subjetivos del delito: la voluntariedad del comportamiento, la conciencia de sus consecuencias, las motivaciones personales o la influencia en los autores del contexto socio-cultural.

Algunos juristas han denunciado, por otra parte, que en los procesos por masivas violaciones se produce algo así como una selección de los imputados. Es decir, si los autores de la violaciones son múltiples no es posible procesar a todos los actores solo a algunos, esto produce una especie de agravio comparativo entre los mismos. Danilo Zolo, es especialmente crítico con esta situación, puesto que considera que en estos procesos los imputados se seleccionan en base a criterios jurídicamente no definidos, atentando así contra el principio de igualdad ante la ley y deslegitimando a su parecer todo el procedimiento jurídico<sup>51</sup>.

Estamos obviamente ante un conjunto de problemas que tienen que ver con la capacidad de una determinada administración de justicia para dotarse de los medios suficientes personales e institucionales con los que hacer frente a una situación excepcional. Problemas que también tienen que ver con la voluntad política de los gobernantes de apoyar esa dotación y dar prioridad a los procesamientos por encima del silencio o del olvido. Por ello aunque deberíamos mantener la expectativa de una justicia penal efectiva y no conformarnos con la realidad de la impunidad como algo inevitable a menudo observaremos que los números desbordan las infraestructuras y tendremos que reconocer que la posibilidad de procesar a todos los implicados es (o era) una tarea materialmente imposible. En otros muchos casos, sin embargo, identificaremos con claridad inacción o simple, y a menudo culpable, falta de voluntad política en la persecución de los delitos.

Creo que en la crítica de Zolo se confunde, de nuevo, la dimensión colectiva con la dimensión individual de la responsabilidad. ¿Es cierto

---

<sup>50</sup> Por eso la propia sentencia dirá «en un crimen tan complicado y enorme como el que consideramos aquí, en el que mucha gente participó a diversos niveles y de modos diversos –planificando, organizando y ejecutando las acciones de sus rangos–, no tiene mucho sentido valerse de los tradicionales conceptos de planificación e instigación al crimen». (ARENDR, H., *Eichmann in Jerusalem*, cit., p. 357).

<sup>51</sup> Vid., ZOLO, D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari Editori Laterza, 2006. Existe traducción española de Elena Bossi, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007.

que si no se juzgan a todos los implicados en los delitos el proceso entero pierde legitimidad? Una respuesta afirmativa a esta cuestión sería tanto como afirmar que existe el derecho a no ser procesado por un delito si no se procesa también a todos los autores de la misma acción<sup>52</sup>. Tal vez cierto grado de impunidad sea inevitable ante masivas violaciones de derechos pero resulta del todo engañoso situarnos ante la alternativa entre el procesamiento de todos los autores de la violaciones o de ninguno.

Al fin y al cabo, cabe recordar, la finalidad del proceso es hacer justicia y nada más<sup>53</sup>. Justicia en sentido individual y objetivo; valorar las pruebas, escuchar las declaraciones de los testigos o de la víctimas, oír al procesado, a la acusación y a la defensa y todo ello sobre unos hechos concretos con independencia de que existan otros crímenes que no se persiguen u otros criminales que nunca serán juzgados<sup>54</sup>.

#### 4. UNA INQUIETANTE Y BREVE CONCLUSIÓN

Si el mal absoluto nos resulta incomprensible y, sin embargo, no podemos cejar en nuestro esfuerzo por comprender. Del mismo modo el proyecto de hacer justicia, de someter a juicio a genocidas o actores del mal extremo resulta una meta a veces inalcanzable llena de obstáculos frente a la cual, sin embargo, no podemos claudicar. La idea del mal más allá de las pasiones humanas nos abrumba y nos supera y los instrumentos jurídicos que nos ofrece el Estado de derecho nos parecen inadecuados, demasiado modestos o fútiles para hacerle frente. Abandonarnos al olvido, traicionar la memoria no nos está permitido y así volvemos una y otra vez a recontar la historia, a buscar nuevas explicaciones, a repensar lo que otros ya intentaron pensar antes.

De la misma manera, intentamos reconducir a los cauces jurídicos las terribles manifestaciones del mal absoluto, a veces, con desesperanza, con impotencia pero con la clara idea de que renunciar a hacer justicia sería tanto como rendirse ante el mal o participar en el mismo.

---

<sup>52</sup> Para Carlos Nino «nadie tiene derecho a que ciertas personas sean castigadas y, consecuentemente, nadie tiene un derecho a no ser castigado si otras personas no lo son» (NINO, C., cit., p. 257).

<sup>53</sup> Como nos recuerda H. Arendt «el tribunal no tiene a su disposición los instrumentos precisos para investigar las cuestiones de orden general, sino que se pronuncia basándose en una autoridad cuya fuerza está en función de sus limitaciones». (ARENDR, H., *Eichmann...*, cit., p. 368).

<sup>54</sup> Expresado con las palabras que Hanna Arendt le dirige a Eichmann: «ante la ley, tanto la inocencia como la culpa tiene carácter objetivo, e incluso si ochenta millones de alemanes hubieran hecho lo que tú hiciste, no por eso quedarías eximido de responsabilidad... Aquí nos ocupamos únicamente de lo que hiciste, no de la posible naturaleza inocua de tu vida interior y de tus motivos, ni tampoco de la criminalidad en potencia de quienes te rodean...» (ARENDR, H., *Eichmann...*, cit., pp. 403-404).

Nada mejor para concluir entonces que las palabras de Hanna Arendt:

*«Y sin embargo, aunque ninguna de las razones que solemos invocar a favor del castigo es válida, nuestro sentido de la justicia encontraría intolerable renunciar al castigo y dejar que quienes han asesinado a miles, centenares de miles y millones quedaran impunes. Si ello no fuera más que un deseo de venganza, sería ridículo, dejando de lado el hecho de que la ley y el castigo que ella administra aparecieron sobre la Tierra con el fin de romper el interminable círculo vicioso de la venganza. Así pues, aquí estamos, exigiendo y administrando castigos de conformidad con nuestro sentido de la justicia, mientras, por otro lado, ese mismo sentido de la justicia nos informa de que todas nuestras nociones previas acerca del castigo y su justificación nos han fallado.»<sup>55</sup>*

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.

---

<sup>55</sup> ARENDT, H., *Responsabilidad y juicio*, cit., p. 56.