

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 23 | 2022 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 23 | 2022 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.

b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.

c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.

d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 23, junio 2022

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, ofc. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafter.org - www.aafter.org/revista.php

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, en la segunda quincena de junio de 2022.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

VICEPRESIDENTE

Diego Duquelsky Gómez

SECRETARIA

Débora Ranieri

TESORERO

Juan Pablo Alonso

VOCALES TITULARES

Jorge Eduardo Douglas Price

Paula Gaido

Marina Goralí

Ricardo Guibourg

Daniel Alejandro Herrera

Claudina Orunesu

Julio Raffo

María Gabriela Scataglini

Eduardo Soderó

María Claudia Torrens

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTE

Luciana Álvarez

Eugenio Bulygin

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORAS DE CUENTAS

Mercedes Ales (titular)

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA) - Juan Pablo Alonso (UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Diego Luna (UBA)

María Florencia Vazzano (Unicen)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Juan Bautista Etcheverry (Conicet-U. Austral)

Claudina Orunesu (UNMdP)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Débora Ranieri (UCA)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

Juan Cruz Ara Aimar	
Núremberg y la cuestión judicial	3
Claudia Hilb	
Reflexiones a partir del “Epílogo” a “Eichmann in Jerusalem” de Hannah Arendt	21
Eduardo Magoja	
Obedecer para confiar y confiar para obedecer: algunos apuntes sobre la confianza en relación con la (des)obediencia al derecho	41
Valeria Vegh Weis	
A 75 años de Núremberg: una crítica sobre la justicia en Alemania	69

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Martín Borowski	
La eliminación del derecho por la moral	103

RESEÑAS

Manuel L. Solar	
Libro: RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO (coord.), <i>Desafíos de la pandemia. Emergencia sanitaria, garantías constitucionales y el derecho del futuro</i> (Buenos Aires, Astrea, 2021)	125
Normas de publicación para los autores	131
Declaración de originalidad	137

ESTUDIOS

NÚREMBERG Y LA CUESTIÓN JUDICIAL*

JUAN CRUZ ARA AIMAR**

Resumen. Este trabajo presente trabajo tiene por propósito repasar ciertos aspectos de la cuestión judicial penal a partir de los juicios de Núremberg. Concretamente, se analizan las leyes y principios vigentes durante el nazismo, la dogmática jurídico penal de entonces y los aspectos procesales, para concluir cómo la forma en que se dicta sentencia configura también al juez que la dicta. Finalmente, se hacen apreciaciones históricas y presentes.

Palabras claves: Juicios de Núremberg, derecho penal, poder judicial, burocracia, nazismo.

NUREMBERG AND THE JUDICIAL QUESTION

Abstract. The purpose of this paper is to review certain aspects of the criminal judicial issue from the Nuremberg Trials. Specifically, the laws and principles in force during Nazism, the criminal legal dogmatics of that time and the procedural aspects are analyzed, to conclude how the way in which a sentence is passed also configures the judge who dictates it. Finally, historical and present appraisals are made.

Keywords: Nuremberg Trials, criminal law, judiciary, bureaucracy, nazism.

NUREMBERG E A QUESTÃO JUDICIAL

Resumo. O objetivo deste trabalho é revisar certos aspectos da questão judicial criminal dos Julgamentos de Nuremberg.

* Recepción: 15/3/2022; evaluación: 1/4/2022; aceptación: 10/5/2022.

** Abogado. Docente adscripto en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UNR). Docente adscripto en Sociología General y del Derecho, Facultad de Derecho (UNR). Correo electrónico: juancruzaraaimar@gmail.com.

Especificamente, são analisadas as leis e os princípios válido durante o nazismo, a dogmática jurídica penal da época e os aspectos processuais, para se concluir como a forma como a sentença é proferida também configura o juiz que a dita. Por fim, são feitas avaliações históricas e atuais.

Palavras-chaves: Julgamentos de Nuremberg, direito penal, judiciário, burocracia, nazismo.

A) INTRODUCCIÓN

¿Por qué se castiga? ¿Cuál es el fundamento de la pena? Si concedemos, al menos preliminarmente, que la pena es una aplicación deliberada de dolor, ¿cuáles son, entonces, los argumentos esgrimidos para hacer sufrir racionalmente? ¿Es racional, en todo caso, provocar dolor? ¿Bajo qué condiciones? Estas preguntas llevan a otras, no menos importantes: ¿qué o quién se castiga? ¿Una falta, una agresión, un agresor? O de manera más abstracta: ¿una conducta, un acto, una persona, una cosa? ¿En qué se transforma lo que se castiga cuando se lo castiga? ¿La pena crea lo penado? Y a todo esto: ¿en qué se transforma quien castiga cuando castiga?

Todas estas preguntas, a modo de disparadores, abren un abanico inabarcable de teorías y pensamientos de diversas disciplinas. Primeramente, nos acercan al derecho, a la teoría de la pena, a la función judicial. No obstante, al abordar estas temáticas, cualquier obra de esta índole trasciende lo jurídico. El fundamento de la pena, al fin y al cabo, parece no ser normativo, sino político, filosófico, sociológico, antropológico, psicológico, teológico o biológico (el orden, la retribución, el control social, la unidad de la tribu, el tabú, la supervivencia de la especie).

Si estas indagaciones nos lanzan a un terreno de inconsistencia, a una ciénaga intelectual, ¿por qué intentar abordarlas, 75 años después, a partir de los juicios de Núremberg?³ No buscamos, por lo pronto, una enseñanza de la historia. Se trata más bien de una propuesta, de un ejercicio de pensamiento que dirige su mirada hacia un pasado que se presencia momentáneamente para coadyuvar la medi-

³ Es también el aniversario de los juicios de Tokio, quizá más atrayentes si se aborda la cuestión de Occidente entronizándose, definiéndose y juzgando, desde su concepción del mundo, a Oriente. Este texto, no obstante, se limita al análisis del nacionalsocialismo.

tación. Sucede que Núremberg (sus leyes, sus juicios, sus habitantes, su ciudad) no es el mismo 75 años después. Y no es el mismo desde Latinoamérica, desde el sur. Por ello, sin perjuicio de lo anterior, nos interesa verificar qué nos dicen estos eventos, tan lejanos, tan cercanos, cuando los evocamos en la cuenca del Plata o en la llanura pampeana, bajo el sol de Santiago, a la vera del Paraná o de un arroyo de las altas cumbres.

Con la condición de tener presente que no buscamos respuestas, sino tan solo un esbozo, comenzaremos este texto con la pregunta, ahora circunstanciada: "¿qué se castigaba en el derecho penal nazi?". Seguiremos inmediatamente con esta otra: "¿por qué se castigaba en el derecho penal nazi?". Luego, raudamente, continuaremos con "¿cómo se castigaba?", para rematar con "¿en qué se transformaron los nazis cuando castigaron como castigaron?". Como puede advertirse, nos interesa particularmente esto último: ¿en qué se transforma quien castiga cuando castiga? ¿En un villano o un héroe? Villano o héroe: ¿para quién? ¿Por qué? Y esto nos llevará, a "vuela pluma", a una nota final a partir del interrogante "¿en qué se transformaron las fuerzas aliadas cuando castigaron a los nazis como los castigaron?".

Antes de comenzar, no obstante, el bosquejo de respuesta de estas interrogaciones, descansaremos, brevemente y a modo de orientación, en una teoría bien desarrollada respecto a la etapa final de nuestras consideraciones, a uno de los temas centrales y, a la postre, el más importante de los juicios de Núremberg: el Holocausto.

B) LA SOLUCIÓN FINAL

ZYGMUNT BAUMAN, una de las voces más elocuentes del siglo xx, publicó *Modernidad y Holocausto* en 1989, donde se opone a la idea de que el Holocausto pueda explicarse por la maldad intrínseca, la monstruosidad de los jerarcas nazis, así como también por la alteración y radicalización de la sociedad alemana. Para él, el exterminio no fue una excepción, sino una prolongación lógica de nuestro principal tipo de organización social⁴. Concretamente, el sociólogo señala que los

⁴ La honestidad de BAUMAN es innegable, especialmente en este tópico. De origen judío, sufrió la persecución antisemita en su Polonia natal de parte de alemanes y rusos por igual y su mujer, Janina, vivió en el Gueto de Varsovia.

“ingredientes” del Holocausto, todas las cosas que lo hicieron posible, fueron “normales”, aunque no en el sentido de algo ya conocido, algo ya descripto, explicado y clasificado en detalle, sino en el de que se “ajusta plenamente a todo lo que sabemos de nuestra civilización, del espíritu que la guía, de sus prioridades, de su visión inmanente del mundo y de las formas adecuadas de lograr la felicidad humana en la sociedad perfecta”⁵.

En efecto, explica el autor que “resulta especialmente difícil y punto menos que imposible concebir esta idea si no se cree que la sociedad puede ser objeto de la ingeniería, si no se cree en la artificialidad del orden social, en la autoridad de los conocimientos técnicos o en la administración científica de los espacios y de los intercambios humanos. De ahí que haya que contemplar la versión exterminadora del antisemitismo como un fenómeno plenamente moderno, es decir, como algo que solo podría darse en un estado avanzado de la modernidad”⁶. Por todo ello, señala que el Holocausto no solo evitó el enfrentamiento con las normas e instituciones sociales de la modernidad, sino que fueron esas normas e instituciones las que lo hicieron viable y que todas las complejas redes de frenos y equilibrios que ha erigido el proceso civilizador que deberían proteger de la violencia y contener todo poder desbocado y desmedido han demostrado ser ineficientes⁷.

BAUMAN se cuida bien de especificar que, aunque el Holocausto es moderno, la modernidad no es Holocausto⁸, más ello no es óbice para destacar que fue posible porque el proyecto social nazi le confirió legitimidad, la burocracia estatal el vehículo y la parálisis de la sociedad la luz verde. Así las cosas, el Holocausto demuestra “la capacidad de nuestra sociedad industrial de aumentar la distancia entre los seres humanos hasta un punto en el que las responsabilidades y las inhibiciones morales desaparecen”⁹. ARENDT lo advirtió elocuentemente al poco tiempo de su descubrimiento: los campos de concentración eran verdaderas “fábricas de muerte”¹⁰.

Descontado, entonces, que los nazis fueran monstruos o individuos desquiciados, ¿cómo es que personas normales pueden ser capaces

⁵ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 29.

⁶ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 98.

⁷ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 112.

⁸ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 119.

⁹ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 224.

¹⁰ ARENDT, *Ensayos de comprensión*, p. 241.

de superar todo límite de crueldad? Para responder a este interrogante, BAUMAN sigue particularmente a KELMAN, quien sostiene que las inhibiciones morales se dan cuando se cumplen tres condiciones, separadas o juntas: la violencia está autorizada (por unas órdenes oficiales emitidas por los departamentos legamente competentes), las acciones se dan dentro de una rutina (creada por las normas de gestión y por la exacta delimitación de las funciones) y las víctimas de las violencia están deshumanizadas (como consecuencia de las definiciones ideológicas y del adoctrinamiento)¹¹.

Como puede apreciarse, el Holocausto es la forma más perfectamente terrorífica de las respuestas que planteamos al comienzo. Es la más completa destrucción y despersonalización llevaba a cabo, hasta el momento, en nombre de una sociedad ideal. Sin embargo, nuestras disquisiciones nos sitúan antes de la *solución final*, y en un espacio particular de la modernidad: el derecho. Hemos comenzado por el final, ese final tan conocido, tan necesario conocer y no olvidar, porque ese final, como dijimos, nos da pistas de qué es lo que estamos buscando antes y ahora.

C) ¿QUÉ SE CASTIGABA EN EL DERECHO PENAL NAZI?

MAX WEBER, a quien BAUMAN sigue en muchos aspectos en el análisis de la Modernidad, señalaba que una de sus características más sobresalientes es su dominación racional legal; es decir, la existencia de mandatos u ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas, impartidas y aplicadas por personas designadas en el marco de su competencia¹². Esto no es nuevo, desde Kelsen, para ningún jurista, independientemente de si luego quiera proseguirse con otras dimensiones o aspectos del derecho. Por esta razón, para responder a nuestro primer interrogante, es dable detenernos a verificar la normativa del Tercer Reich; específicamente las llamadas "Leyes de Núremberg".

Sancionadas en septiembre de 1935, apenas dos años de haberse hecho Hitler con el gobierno, estas infames leyes referían, en términos generales, a la ciudadanía del Reich (no de Alemania, necesariamente). La primera de ellas, en su art. 1, inc. 1, expresaba que

¹¹ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 43.

¹² WEBER, *Economía y sociedad*, p. 43.

“será considerado ciudadano con todas las responsabilidades inherentes todo aquel que disfrute de la protección del Reich alemán y que por ello esté en especial deuda con él”. Luego, en su art. 2, inc. 1, disponía que “la ciudadanía del Reich se limitará a los connacionales de sangre alemana o afín que hayan dado debida prueba, a través de sus acciones, de su voluntad y disposición de servir al pueblo y al Reich alemán con lealtad”. Esto nos lleva a una primera acotación, más que evidente: para el nacionalsocialismo no eran ciudadanos libremente agrupados quienes conformaban el Estado cediendo ciertos derechos que les eran inherentes, sino que era la comunidad, organizada estadualmente, la que exigía determinados deberes cuyo cumplimiento concedía derechos.

La segunda ley, sancionada ese mismo día, tenía por objeto “la protección de la sangre y el honor alemanes”. Mediante ella se prohibía el matrimonio o cualquier relación sexual entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín, así como también a los judíos emplear en su hogar ciudadanas alemanas menores de 45 años e izar la bandera del Reich o los colores patrios. Se les facultaba, no obstante, a exhibir los “colores judíos”, algo que el Estado “garantizaba”. Estas conductas, es dable señalar, no eran meros injustos, sino verdaderos delitos conminados con penas de prisión o presidio.

Esta ley fue reglamentada en noviembre de ese año, determinándose cuándo se estaba en presencia de un “judío”: una persona que descendía de un mínimo de tres abuelos plenamente judíos de raza, o bien cuando tenía dos abuelos judíos y era miembro de la religión, estaba casado con otro judío o era hijo de un matrimonio de tal índole. Posteriormente, se instituyeron nuevos requisitos para el matrimonio como la obtención de un certificado de aptitud, que le era negado a quienes padecían enfermedades hereditarias o contagiosas. Finalmente, las leyes se extendieron a “romaníes” (gitanos), negros y descendientes. Segunda anotación: la curiosa reivindicación y transformación de la idea y relación entre naturaleza y cultura que la modernidad había erigido como pares antitéticos. Para el nacionalsocialismo, la raza aria era la única creadora y portadora de la cultura. Toda la existencia humana giraba sobre una esencia: la raza. En su inversión del Iluminismo, el nazismo cambiaba “ciudadanía” por “raza” y “Estado” por “pueblo”.

Sentado ello, huelga destacar que, en cuanto a los judíos particularmente, el control no terminaba allí. Por una ley posterior se les prohibió, en primera medida, cambiarse el nombre y, seguidamente, la Orden Ejecutiva sobre la Ley sobre la Alteración de Nombres y

Apellidos exigió que aquellos y aquellas cuyos nombres fuesen de origen "no judío" adoptasen un nombre adicional: "Israel" para los hombres y "Sara" para las mujeres.

El texto de estas normas jurídicas permite vislumbrar, por sí mismas y varios años antes de la *solución final* un verdadero programa de pureza racial y política que incluyó, además, métodos eugenésicos. Este programa (que también impactó en la vida de los homosexuales y el aborto, aunque en dicho contexto no puede atribuirse exclusivamente al nazismo) conducía a una sociedad de control total que regulaba por completo la vida pública y privada (sexual, laboral y política), la identidad de la persona, su simbolismo, su cultura.

Ahora bien, se sabe que, en tanto construcción lingüística, toda ley da lugar a la interpretación. Y aún en su más afanoso esfuerzo por desprenderse de la tradición judeo-cristiana y greco-latina, estas normas no dejaban de prescribir ciertas conductas: no casarse, no tener relaciones, cambiarse o no cambiarse el nombre. ¿Cómo funcionaban, entonces, estas directivas en la realidad?

Jaromir Hladík, el personaje del excelso relato *El milagro secreto*, fue condenado a muerte por las siguientes condiciones: su apellido era Jaroslavski, su sangre era judía, su estudio sobre BOEHME era judaizante, su firma dilataba el censo final de una protesta contra el Anschluss. Concretamente, en 1928 había traducido el *Sepher Yetzirah* para la editorial Hermann Barsdorf; el efusivo catálogo de esa casa había exagerado comercialmente el renombre del traductor; ese catálogo fue hojeado por Julius Rothe, uno de los jefes en cuyas manos estaba la suerte de Hladík. "Dos o tres adjetivos en letra gótica bastaron para que Julius Rothe admitiera la preeminencia de Hladík y dispusiera que lo condenaran a muerte, *pour encourager les autres*"¹³.

Tal vez no sea ineludible recurrir al genio de BORGES para demostrar la negligencia, la estupidez, la absurdidad y el horror del nazismo. Veamos algunos casos verídicos tomados del llamado "Juicio de los jueces" ("*The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.*"), o también el "Tercer juicio de Núremberg".

a) Ledwon, agricultor de origen polaco, fue acusado de dejar su lugar de trabajo en Baviera el 28 de julio de 1941 y haber intentado cruzar las fronteras del Reich. Fue detenido por un oficial a quien le propinó un golpe. Tras un juicio sumario, Ledwon fue condenado a

¹³ BORGES, *Ficciones*, p. 176.

muerte. Escapar o golpear un oficial alemán podría haber sido causa más que suficiente. No obstante, con lo primero bastaba: abandonar su lugar de trabajo durante la cosecha constituyó un ataque contra todo el pueblo alemán.

b) Luftgas, de origen judío, fue sentenciado en 1941 en un proceso penal a dos años y medio de prisión por acopio de huevos. Conocido el caso, Lammers (doctor en derecho, jefe de la Cancillería y asesor jurídico directo de Hitler) le comunicó al juez que el deseo del Führer era que fuera sentenciado a pena de muerte, lo que fue debidamente cumplimentado.

c) Durka y Struss, dos adolescentes polacas (una de 17 años, la otra algo más grande), fueron acusadas de iniciar un fuego en una planta de armamentos en Bayreuth, Baviera. El incendio no causó ningún daño, pero ellas estaban en el vecindario cuando ocurrió. Primero fueron arrestadas por la Gestapo. Luego, condenadas a muerte en un juicio que duró, en el mejor de los casos, una hora y media.

d) Lopata, un agricultor polaco de 25 años, fue acusado de avances indecentes contra la mujer de su empleador y condenado a dos años de prisión por un tribunal local. Sin embargo, el fallo fue anulado y remitido a la Corte Especial de Núremberg, quien consideró que lo importante no fue el acto en sí, sino que esto demostraba una personalidad degenerada, propensa a la excitación y la mentira. Aquello no era una sorpresa, puesto que eran los rasgos característicos de la "subhumanidad polaca". Fue condenado a muerte.

e) Leo (Lehmann Israel) Katzenberger fue un mercader judío de 68 años acusado de acercamientos prohibidos hacia una joven alemana, Seiler, amiga de la familia quien había estado a su cuidado. Durante el juicio ella expresó que su relación era de amistad y fraternidad, negando cualquier tipo de relación sexual. No obstante, se tuvo por acreditado, a través de testigos, que ella se había sentado en su regazo. El tribunal entendió que no era necesario probar el acto sexual en sí, porque esa conducta ya era de esa naturaleza. Él fue condenado a muerte por contaminación racial, ella a prisión por falso testimonio.

¿Qué se castigaba, en definitiva, en el derecho penal nazi? De manera harto sintética: la diferencia; o mejor dicho, al diferente, completamente despersonalizado, totalmente cosificado. Se castigaba un ente inferior en pos de una sociedad superior.

D) ¿POR QUÉ SE CASTIGABA EN EL DERECHO PENAL NAZI?

La pregunta no apunta, como podría apreciarse, al objetivo o fin del nazismo, a la pureza racial, sino a las razones, los argumentos, los fundamentos; dicho brevemente: a la racionalidad del castigo, ese castigo previo a la *solución final*. Y es que en el derecho penal moderno, esa racionalidad proviene de la dogmática, de la doctrina. En efecto, hemos visto que cualquier régimen autoritario requiere de una construcción normativa y de ciertos jueces y abogados que presten sus funciones (una burocracia). Pero durante el nazismo también los científicos del derecho pusieron a la dogmática jurídico-penal al servicio de la ideología nacionalsocialista para legitimar y racionalizar sus prácticas de higiene racial.

Dos libros se han publicado recientemente al respecto. El primero de ellos es el de RAÚL EUGENIO ZAFFARONI: *Doctrina penal nazi*. El segundo, *Derecho penal nacionalsocialista*, de KAI AMBOS, surgió como respuesta, confirmación y revisión del primero. Se trata de dos obras más que prolifas, documentadas y serias. ZAFFARONI nos interesa, se comparta o no su teoría del delito, porque más allá de que es un excelso jurista, es latinoamericano, y escribe desde y como tal. AMBOS, por su parte, además de contar con credenciales más que suficientes, es un doctrinario alemán que piensa en el lugar donde se dieron los acontecimientos y carga, en cierto sentido, con ellos.

Durante la primera parte de su libro, ZAFFARONI clarifica que la doctrina penal nazi no surgió de un vacío, sino que se nutrió de elementos autoritarios, racistas y románticos, especialmente en la idea de "comunidad popular", así como también de ciertas ideas del neokantismo de la propia dogmática de ese tiempo: FRANZ VON LISZT y KARL BINDING. A grandes rasgos, AMBOS coincide con estos postulados¹⁴, destacando, respecto a estos últimos juristas, que más allá de las discrepancias públicas, eran igualmente conservadores y autoritarios¹⁵. A todo esto, podemos desde el sur global agregar que el nazismo se sustentaba también en una concepción del mundo imperialista y colonialista europeo; la diferencia, claro, es que en esa oportunidad las prácticas ocurrieron fronteras adentro y no en la lejana África o en la exótica Asia.

¹⁴ AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 17.

¹⁵ AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 99.

Ahora bien, con el ascenso del nazismo, la doctrina penal se dividió entre las llamadas Escuela de Marburgo y Escuela de Kiel. La primera, de tradición neokantiana, liderada por SCHWINGE y ZIMMERL, puso a esta doctrina al servicio de la ideología nacionalsocialista, al igual que otros autores como MEZGER y WOLF. En lo que aquí interesa, todos ellos defendían la existencia de un bien jurídico, aunque estaban tan cargados de la ideología nacionalsocialista que este se limitaba y sintetizaba en la protección de la comunidad. La Escuela de Kiel, en cambio, construyó una auténtica dogmática penal nazi. No fueron tecnócratas al servicio del nazismo¹⁶, sino una "fuerza de choque jurídica"¹⁷. Sus dos máximos representantes fueron GEORG DAHM (discípulo de GUSTAV RADBRUCH) y FRIEDRICH SCHAFFSTEIN (discípulo de ROBERT VON HIPPEL), dos jóvenes conservadores e interesados por la teoría de CARL SCHMIDT que abrazaron el nazismo y tuvieron un ascenso maratónico coincidente con la reforma universitaria de ese entonces.

Más allá de ciertas diferencias dogmáticas, ZAFFARONI explica que estos autores coincidían en que "la esencia del delito se halla en la *violación del deber* en lugar del primado previo de la *lesión de un bien jurídico*, que atribuían a la tradición iluminista, cuya superación definitiva consideraban que era la tarea del nacionalsocialismo"¹⁸. También suprimían la contraposición individuo-comunidad a través de un razonamiento organicista o sistémico: el individuo vale solo como miembro de la comunidad¹⁹. De esta manera, se pasaba de un derecho penal de acto a uno de autor²⁰, considerándose al delincuente un verdadero traidor al pueblo y ponderándose como modélica la estructura omisiva.

Asimismo, AMBOS coincide con esta tesitura, señalando que la "comunidad del pueblo" era entendida, sintéticamente, como raza y sangre, y se transformaba en el fundamento del derecho penal

¹⁶ La función del neokantismo genera un contrapunto entre AMBOS y ZAFFARONI. El primero critica que el argentino identifique a esta corriente *lato sensu* como legitimadora de la doctrina penal nazi y que no haga una distinción entre sus autores. Al respecto puede consultarse el capítulo cuarto de su obra. Sin ingresar en esa discusión, es dable señalar que AMBOS no yerra en afirmar que efectivamente ciertos importantes dogmáticos neokantianos se habían exiliado con el ascenso del nazismo (RADBRUCH, MAYER, GRAF ZU DOHNA y VON WEBER, entre otros).

¹⁷ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 198.

¹⁸ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 213.

¹⁹ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 214.

²⁰ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 218.

nacionalsocialista²¹. Esta concepción del delito como mera violación al deber y no como afectación a un bien jurídico implicaba, además, la unidad del derecho con la moral, con un orden ético popular²², una "etización total del derecho penal"²³.

¿Es la ética nazi un oxímoron o una mera repulsión? Lo cierto es que, a diferencia de la versión popularizada y de los propios argumentos de los acusados en los juicios de Núremberg, los nazis no fueron iuspositivistas. Kelsen no era su ejemplo porque, entre otras cosas, era demócrata y judío (en todo caso, podían rastrear sus orígenes jurídicos en el espíritu del pueblo de SAVIGNY²⁴). La Escuela de Kiel criticaba, precisamente, la separación del "ser" del "deber ser", porque el individuo no tenía más que deberes para con la comunidad a la que pertenecía. A raíz de estos razonamientos, se diluía también la idea de culpabilidad y se le daba al juez amplias facultades para interpretar las leyes y mayor responsabilidad a la hora de garantizar los valores de la comunidad popular.

Como corolario, en cuanto a la influencia filosófica, el principal garante ideológico de Kiel fue, sin lugar a dudas, CARL SCHMITT²⁵, resultando sugestivo que, ante la acusación de ZIMMERL (de la Escuela de Marburgo), DAHM negase rotundamente influencia alguna de la fenomenología de HUSSERL (de origen judío)²⁶.

E) ¿CÓMO SE CASTIGABA EN ÉPOCAS DEL NAZISMO?

Repasemos lo visto hasta aquí. Los ejes del derecho penal nazi, al servicio de esa ideología, fueron los siguientes: la eliminación de todo individuo extraño a la comunidad popular, la confusión de derecho y moral o etización del derecho (aunque no necesariamente de una moral judeo-cristiana, porque el nazismo era pagano o, cuando menos, anticristiano), el sometimiento absoluto del Poder Judicial al Führer y la

²¹ AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 36.

²² AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 78.

²³ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 230.

²⁴ AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 40.

²⁵ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 235, y AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 181.

²⁶ ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 233.

utilización de penas y medidas de seguridad como profilaxis política e higiene racial.

A partir de ello, la primera respuesta a cómo se castigaba en esos momentos previos a la *solución final* son claros: a través del Estado moderno, del derecho, del Poder Judicial, aunque sin los “resabios” de la Ilustración; es decir, sin respeto a los principios de lesividad, culpabilidad o legalidad. BAUMAN explica muy bien el Holocausto, pero sus enseñanzas también se aplican para esa época anterior que aquí nos atañe: el derecho positivo, tanto en su dimensión material como procesal, en lugar de proteger a las personas, fue un instrumento del horror.

Esto último merece una aclaración. Hemos postergado, y no soslayado, una característica crucial del derecho penal nacionalsocialista que, con el inicio de la guerra, fue profundizándose. Además de las leyes escritas y promulgadas, como el Código Penal o las Leyes de Núremberg que establecían ilícitos concretos, existía el llamado *Führerprinzip* (*Führerworte haben Gestzes Kfrat*: las palabras del Führer tienen fuerza de ley), a partir del cual los jueces debían sujetarse a las instrucciones de Hitler (independientemente de por donde fueran comunicadas), así como también interpretar de acuerdo a sus ideas. Esto se debe a que el Führer era el portavoz e intérprete último del espíritu del pueblo alemán, del *Volksgemeinschaft* y, por ende, de las normas que lo regían. Como hemos visto, además, en ciertas ocasiones Hitler intervenía directa y personalmente.

Para poder llevar a cabo este plan, el nazismo se valió no solo de los tribunales penales ordinarios, sino también de otros creados al efecto: la Corte del Pueblo (*Volksgerichtshof*), con competencia exclusiva en casos considerados políticos, y los tribunales especiales llamados *Sondergerichts* para efectivizar las leyes de Núremberg. No resulta paradójico, a esta altura, que estos tribunales se fundaran en principios de celeridad procesal y oralidad, como contracara de los extensos procedimientos escritos de entonces.

Nuevamente, no debe olvidarse que la burocracia persigue la eficacia, que no se detiene en la moralidad de los fines o los medios. Esto hizo necesario, por ende, nombrar en el lugar adecuado a personas comprometidas con el régimen que cumplieran las órdenes impartidas sin hesitación alguna. Para 1935 esto no encontró mayores escollos. Las Leyes de Núremberg implicaron una segregación concreta e inmediata, pero ya en 1933 se había restringido la cantidad de estudiantes judíos en las escuelas y universidades alemanas y, en el mismo mes, más leyes

restringieron drásticamente la “actividad judía” en las profesiones de la medicina y del derecho. Más temprano que tarde, primero en ciudades puntuales y luego a lo largo y ancho del país, se prohibió a los judíos trabajar en asuntos jurídicos (los gitanos y negros directamente no tenían acceso). Poco a poco todos los funcionarios públicos fueron de ascendencia aria y, aun en ese caso, debían dar muestras públicas de que se esforzarían en cumplir las nuevas prerrogativas. Esto implicaba, mínimamente, afiliarse al partido. En el caso del Poder Judicial en particular, paralelamente a la centralización puesta de resalto, en 1942 el Gobierno envió “cartas a los jueces” impartiendo instrucciones acerca de las “líneas generales” a que debían ajustarse.

Como puede advertirse, toda persona que no reuniese las condiciones de la sociedad del futuro fue expulsado del espacio público y, con el inicio de las hostilidades, también invadidos en su espacio privado (fronteras que todo fascismo diluye). Paulatinamente, y frente al estancamiento moral de la mayoría de la sociedad alemana y mundial, estas personas fueron desprovistas de todos los derechos que las hacían tales e ingresadas en una efectiva y cruel maquinaria judicial cuyo fin, allende leyes, principios y pruebas, era su destrucción.

Para ilustrar todo esto, para entender cómo se castigaba en el derecho penal nacionalsocialista, luce prudente apelar a la interpretación que hace SARTRE de *El proceso*, de KAFKA, en *Reflexiones sobre la cuestión judía*: “como el héroe de la novela, el judío está empuñado en un largo proceso: no conoce a sus jueces, apenas conoce a sus abogados; ignora qué se le reprocha y, no obstante, sabe que se le tiene por culpable [...] ciertos hombres lo prenden, lo arrastran, pretendiendo que ha perdido su proceso, y lo asesinan en un terreno baldío de los arrabales”²⁷.

F) ¿QUÉ O QUIÉN ES EL QUE CASTIGABA?

Se habrá advertido a esta altura de la exposición que esta no presenta una cronología lineal. Aquí iremos al final del nazismo, al descubrimiento y juzgamiento del horror, y luego, de un salto mayúsculo, al presente. Dicho ello, la primera pregunta cuya respuesta debemos esbozar es “¿en qué se transformaron los nazis cuando castigaron como castigaron?”.

²⁷ SARTRE, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, p. 82.

So riesgo de caer en un lugar común, diremos que la solución depende del contexto, ya que no podrá negarse que los jueces del nazismo pasaron de héroes del Reich a villanos de la humanidad en un abrir y cerrar de ojos. En el citado *The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.* de 1945, conocido como "Juicio de los jueces" de Núremberg, las fuerzas aliadas acusaron y condenaron a 16 jueces y abogados responsables del montaje jurídico que aplicó las leyes de higiene racial y condenó a miles de personas a confinamiento en los campos de concentración. Efectivamente, los casos referenciados fueron usados como pruebas del accionar delictivo, ilegal, de estos juristas que, paradójicamente, aplicaron la legislación y los principios del nacionalsocialismo.

Siguiendo a BAUMAN, estos jueces no fueron más que un engranaje de la maquinaria humana-tecnológica más despiada que se haya conocido. Este análisis no implica deslindarse de un examen ético, pero el nazismo es una trampa en este sentido: los jueces castigaron convencidos y justificados en un deber ser. Por eso nos quedamos con una verdad circunstancial, tal vez la única posible, con ese paso del tiempo que descubre y construye el pasado. No necesitamos apelar a una "esencia" de la humanidad ni a valores inmutables para comprender que desde el "Juicio de los jueces", en Alemania, Argentina o cualquier parte del globo, cuando los jueces del nazismo castigaron a judíos, polacos, gitanos y también alemanes no afines o con una discapacidad, no fueron verdaderos jueces, sino criminales, que lo que hicieron no puede calificarse, bajo ningún supuesto, de justicia.

El "Juicio a los Jueces"; qué, quiénes, cómo y por qué se castigó desde el Estado durante el nacionalsocialismo constituye un caso extremo que llama a la reflexión. Sin embargo, también hay una enseñanza tan inmediata como ese castigo: la forma en que esos mismos jueces fueron castigados. Concretamente, ¿en qué se transformaron las fuerzas aliadas cuando castigaron a los nazis como los castigaron?

Mucho se ha escrito al respecto. Repasarlo, incluso someramente, excedería con creces el fin propuesto en este texto. Recordemos, solamente, que aunque fueron previstos expresamente en el inc. c, del art. 6, de la Carta de Londres, los crímenes contra la humanidad no fueron una figura jurídica independiente de las restantes, sino que para ser castigados debían estar vinculados a los crímenes contra la paz o de guerra. Por ello, los casos reseñados datan de 1939 en adelante. Todas las vejaciones, persecuciones raciales, religiosas y políticas perpetradas estaban limitadas a delitos cometidos contra la población nacional o de los territorios ocupados.

Asimismo, aunque esto permitió el juzgamiento de los jueces del nazismo, abrió la puerta a importantes críticas contemporáneas entre las cuales se encontraban personalidades eminentes como Kelsen y Arendt. Más cercano en el tiempo, y habiendo advertido las consecuencias en el derecho internacional, Zolo expresa que por la manera y características del juzgamiento, los Juicios de Núremberg y Tokio fueron una justicia de los vencedores que, a la postre, generó un sistema dualista de justicia internacional.

Sintéticamente, Zolo señala las siguientes deficiencias: a) ausencia de autonomía e imparcialidad; b) violación del derecho de hábeas corpus y de los derechos subjetivos de los imputados (específicamente la irretroactividad de la ley penal, la falta de respeto de la igualdad ante la ley, la carencia de reglas procesales previas y la desproporcionalidad de la pena), y c) la pena, tanto en su tipo (muerte) como en su filosofía (expiatoria y retributiva), ya que prácticamente no se analizó la culpabilidad de los imputados y las penas se ejecutaron automáticamente sin apelación²⁸. Por todo ello, para el autor “el sentido profundo del proceso de Núremberg (y del de Tokio) no fue ‘hacer justicia’. Hacer justicia significa tratar de interrumpir la secuencia política de la división, el odio y el derramamiento de sangre, para desarticular el conflicto e intentar exorcizarlo a través del uso de medios judiciales”²⁹.

Zolo adopta una postura rebatible en ciertos aspectos. No obstante, ¿cómo soslayar que la Carta de Londres se firmó dos días después de la bomba de Hiroshima y dos días antes de Nagasaki? ¿Cómo rehuir de los gulags y la masacre de Katyn? La lectura de *El diario de Ana Frank* no debe conllevar el olvido de *La estepa infinita*. Además, el autor acierta en que a partir de la Segunda Guerra Mundial, más allá de los crímenes de lesa humanidad, del Holocausto, se adoptó una concepción, una evaluación ético-política de las “causas de la guerra”, que define negativamente la idea de “agresión” y que dio lugar, con el tiempo, a la posibilidad cada vez más explícita de que exista una “agresión justa”, que existan casos en los cuales es justo, bueno, correcto, iniciar una guerra³⁰.

Los jueces nazis pasaron de héroes a villanos. Quienes los juzgaron, al hacerlo, ¿acaso no se sometieron a una transmutación similar?

²⁸ Zolo, *La justicia de los vencedores*, p. 165 a 167.

²⁹ Zolo, *La justicia de los vencedores*, p. 182.

³⁰ Zolo, *La justicia de los vencedores*, p. 22.

¿Qué nos dice el silencio del derecho internacional oficial? ¿Qué nos dicen el Tribunal Russell sobre Vietnam y los Tribunales Internacionales de Opinión? Héroes o villanos. ¿Para quién? ¿Por qué?

G) CONCLUSIÓN

Tal y como plantea BAUMAN varios años después, Otto Dietrich zur Linde, el personaje de *Deutsch Requiem*, no pretende ser perdonado porque no hay culpa en él, pero quiere ser comprendido³¹; esto es, su actitud fue racional. Tampoco es un monstruo, y nos señala, a todos y a todas, sus elevados gustos: lee a Shakespeare y Schopenhauer, escucha a Brahms. Su cultura es universal y nos interpela desde la normalidad: "sepa quien se detiene maravillado, trémulo de ternura y de gratitud, ante cualquier lugar de la obra de esos felices, que yo también me detuve ahí, yo el abominable"³².

Por otro lado, como se ha puesto de resalto al analizar la ideología nacionalsocialista, Dietrich zur Linde reconoce que "para el alto fin que nos congregaba, no éramos individuos"³³. Y destaca, sin tapujos, que "el nazismo, intrínsecamente, es un hecho moral, un despojarse del viejo hombre, que está viciado, para vestir el nuevo"³⁴. Finalmente, tras su condena, como un eco de nuestros últimos párrafos, afirma que "se cierne ahora sobre el mundo una época implacable. Nosotros la forjamos, nosotros que ya somos su víctima. ¿Qué importa que Inglaterra sea el martillo y nosotros el yunque? Lo importante es que rija la violencia, no las serviles timideces cristianas"³⁵.

(¿BORGES sintetiza nuestro texto o nuestro texto es una explicación del cuento de BORGES? Este es el único interrogante que podemos responder con seguridad: siempre es preferible leer a BORGES.)

Rememorar los Juicios de Núremberg, salvarlos del olvido, traerlos de nuevo a la memoria, puede entrañar valiosas enseñanzas para la función judicial. Comprender, al menos, qué se castiga, con qué fundamentos y bajo qué condiciones hace a la percepción de la figura del juez y de la propia persona que imparte justicia, de si esta se

³¹ BORGES, *El Aleph*, p. 104.

³² BORGES, *El Aleph*, p. 104.

³³ BORGES, *El Aleph*, p. 105.

³⁴ BORGES, *El Aleph*, p. 107.

³⁵ BORGES, *El Aleph*, p. 110 y 111.

transforma en un garante de los derechos humanos o en parte de un sistema de punición injusto. Ya no se trata de una cuestión geopolítica, sino de la labor diaria. El día a día de los tribunales, las audiencias sucesivas, las monumentales pilas de expedientes, el incesante repiqueteo de los teclados, el crepitar y rasgar de las hojas, el rugido de las impresoras, la vocinglería continua; esas imágenes y ese ruido hacen olvidar, muchas veces, que el juez es tal cuando juzga, que no existe previamente al momento en que dicta sentencia, que es porque decide, y que la forma en que resuelve lo configura como funcionario y como persona, que sus decisiones trascienden las paredes blancas de los tribunales.

CHRISTIE, siguiendo a BAUMAN, lo ha puesto de resalto hace mucho tiempo al analizar el sistema penitenciario de los Estados Unidos, al destacar que una penología cargada de cálculos de probabilidades y distribuciones estadísticas aplicadas a poblaciones, una política penal que no se ocupa del castigo ni de la rehabilitación de individuos culpables, sino de identificar y organizar grupos indisciplinados, una institución carcelaria que no es más que una parte del sistema productivo, y la utilización de argumentos “científicos”, especialmente médicos, como la lucha contra las drogas, provocan un avance en la misma dirección que los campos de concentración o, más precisamente, los gulags soviéticos³⁶.

CHRISTIE cuenta con un argumento sólido: en Estados Unidos la segregación racial o étnica no es una posibilidad sino una realidad, dado que el 25 % de los hombres latinos y negros están presos. Sin embargo, este dato contradice, en parte, su teoría. En el mismo prólogo de esa obra, ZAFFARONI señala que es innegable que la sociedad industrial brinda la ocasión del holocausto, pero que resulta difícil coincidir con la linealidad de CHRISTIE, al menos en tiempos cercanos o medianos plazos. “No es el simple desarrollo industrial lo que provoca el holocausto [explica], sino el desarrollo industrial en un país con una cultura profundamente racista y siempre que tenga cerca minorías a las cuales destruir”³⁷. Por ende, el modelo estadounidense no es automáticamente exportable y menos aún universalizable³⁸.

³⁶ CHRISTIE, *La industria del control del delito*, p. 165 a 167.

³⁷ ZAFFARONI, “Prólogo”, en CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, p. 15.

³⁸ ZAFFARONI, “Prólogo”, en CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, p. 17.

A decir verdad, es el mismo BAUMAN quien destaca que la posmodernidad (o modernidad líquida), al eliminar los metarrelatos y potenciar la individualización, invalidan la posibilidad de que un Estado occidental sea capaz de utilizar el racismo o el antisemitismo como fundamento para una ingeniería social a gran escala. No obstante, la proliferación de discursos ultraconservadores y racistas, aun cuando sean minoritarios, son una llamada de atención. Puede que la postura de CHRISTIE o del propio ZAFFARONI de la “masacre por goteo”³⁹ no sean del todo convincentes, pero no por ello deben ser meramente descartadas o soslayadas. Debemos tener cuidado con este odio, que es un odio a los débiles, ya que como bien refiere SARTRE, los judíos eran odiados a pesar de ser hombres desarmados y poco temibles⁴⁰, una “raza inferior”. Como un fantasma que recorre Occidente, el holocausto enciende las alarmas. Lo más aterrador “no fue la probabilidad de que nos pudieran hacer ‘esto’ sino la idea de que también nosotros podíamos hacerlo”⁴¹.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI, *Derecho penal nacionalsocialista, continuidad y radicalización*, 1ª ed., trad. J. R. BÉGUELIN - L. DÍAZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- ARENDT, HANNAH, *Ensayos de comprensión 1930-1954, escritos no reunidos e inéditos de Hannah Arendt*, 1ª ed., trad. A. SERRANO DE HARO, Madrid, Caparrós, 2005.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad y holocausto*, 6ª ed., trad. A. MENDOZA - F. OCHOA DE MICHELENA, Madrid, Sequitur, 2011.
- BORGES, JORGE LUIS, *El Aleph*, 1ª ed., Buenos Aires, DeBolsillo, 2011.
- *Ficciones*, 10ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2015.
- CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, 2ª ed., trad. S. COSTA, Buenos Aires, Del Puerto, 1993.
- SARTRE, JEAN-PAUL, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, 1ª ed., trad. J. BIANCO, Buenos Aires, DeBolsillo, 2015.
- WEBER, MAX, *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed., 2ª reimp., trad. J. M. ECHAVARRÍA y otros, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- ZAFFARONI, RAÚL E., *Doctrina penal nazi*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2017.
- *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*, 1ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2017.
- ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores, de Núremberg a Bagdad*, 1ª ed., trad. E. ROSSI, Buenos Aires, Edhasa, 2007.

³⁹ ZAFFARONI, *La palabra de los muertos*, p. 518.

⁴⁰ SARTRE, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, p. 43.

⁴¹ BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 181.

REFLEXIONES A PARTIR DEL "EPÍLOGO" A "EICHMANN EN JERUSALEM" DE HANNAH ARENDT*

CLAUDIA HILB**

Resumen. Este trabajo analiza el epílogo de HANNAH ARENDT a su libro *Eichmann en Jerusalén*. En particular, recorre una pregunta fundamental que surge de su texto sobre los orígenes del totalitarismo y la responsabilidad generada por su desarrollo y los alcances del juicio de Núremberg. A nuestro criterio, puede formularse así: ¿Cómo juzgar, cuando hemos perdido las certezas que nos brindaba la tradición, cuando, ante la irrupción del totalitarismo, las categorías y conceptos con los que estábamos acostumbrados a juzgar ya no sirven para dar cuenta de la horrorosa realidad de crímenes de naturaleza desconocida, y de criminales que no responden a la noción de criminales que solíamos considerar?

Palabras claves: totalitarismo, juicio, castigo, responsabilidad criminal.

REFLECTIONS FROM THE "EPILOGUE" TO "EICHMANN IN JERUSALEM" BY HANNAH ARENDT

Abstract. This paper analyzes Hannah Arendt's epilogue to her book "Eichmann in Jerusalem". In particular, it covers a fundamental question that arises from her text about the origins of totalitarianism and the responsibility generated by its development and the scope of the Nuremberg trial. In my opinion, it can be formulated like this: How to judge, when we have lost the certainties that tradition gave us, when, before the irruption of totalitarianism, the categories and concepts with which we were

* Recepción: 1/3/2022; evaluación: 15/3/2022; aceptación: 10/5/2022.

** Doctora en Ciencias Sociales (UBA). Profesora de Teoría Política en la Carrera de Ciencias Políticas, Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Investigadora independiente del Conicet. Correo electrónico: hilb@fibertel.com.ar.

used to judging no longer serve to account for the horrifying reality of crimes of unknown nature, and criminals who do not respond to the notion of criminals that we used to consider?

Keywords: totalitarianism, trial, punishment, criminal liability.

REFLEXÕES DO “EPÍLOGO” A EICHMANN EM JERUSALÉM DE HANNAH ARENDT

Resumo. Este artigo analisa o epílogo de Hannah Arendt ao seu livro “Eichmann em Jerusalém”. Em particular, aborda uma questão fundamental que surge a partir de seu texto sobre as origens do totalitarismo e a responsabilidade gerada por seu desenvolvimento e o alcance do julgamento de Nuremberg. A meu ver, pode ser formulado assim: Como julgar, quando perdemos as certezas que a tradição nos deu, quando, antes da irrupção do totalitarismo, as categorias e conceitos com os quais estávamos acostumados a julgar não servem mais para dar conta pela terrível realidade dos crimes de natureza desconhecida, e dos criminosos que não respondem à noção de criminosos que costumávamos considerar?

Palavras-chave: totalitarismo, julgamento, punição, responsabilidade penal.

INTRODUCCIÓN

Esta presentación se centra en el epílogo de ARENDT a *Eichmann in Jerusalem*³, y en particular en sus últimas dos páginas, pero atañe ciertamente a una pregunta que recorre la obra de ARENDT prácticamente en su totalidad, desde *La imagen del infierno*⁴ o *Los orígenes del totalitarismo*⁵ hasta, de manera muy explícita, los textos que componen *Responsabilidad y juicio*⁶. Esa pregunta que podemos formular así: ¿Cómo juzgar, cuando hemos perdido las certezas que nos brindaba la tradición, cuando, ante la irrupción del totalitarismo, las categorías y conceptos con los que estábamos acostumbrados a juzgar ya no sirven para dar cuenta de la horrorosa

³ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*.

⁴ ARENDT, *Essays in understanding*.

⁵ ARENDT, *The origins of totalitarianism*.

⁶ ARENDT, *Responsibility and judgment*.

realidad de crímenes de naturaleza desconocida, y de criminales que no responden a la noción de criminales que solíamos considerar?

No pretendemos abordar estas preguntas a través de un recorrido de este hilo que, como decía, atraviesa toda la obra de ARENDT. Respecto de estos crímenes sabemos, porque nos enfrentan a un mal más allá del mal con el que sabemos lidiar, que ARENDT ha dicho en distintas ocasiones "que no se pueden castigar ni perdonar"⁷. Pero aquí se trata, precisamente, de juzgarlos y castigarlos. Queremos entonces tan solo tratar de ver qué nos dicen, respecto de este problema, las un tanto extrañas últimas dos páginas del Epílogo de *Eichmann in Jerusalem*, o tal vez mejor al revés, qué nos aportan esas páginas a nuestra pregunta. Esas páginas, donde nos encontramos con esta pregunta de manera situada, frente a un juicio y un veredicto concretos de una persona concreta por parte de jueces concretos⁸.

§ 1. **EL PROBLEMA. UN NUEVO TIPO DE CRIMEN Y UN NUEVO TIPO DE CRIMINAL**

Entonces, ¿cómo juzgar, cuando las categorías y conceptos con los que estábamos acostumbrados a juzgar ya no sirven para dar cuenta de la horrorosa realidad de crímenes de naturaleza desconocida, y de criminales que no responden a la noción de criminales que solíamos considerar? ¿Qué es hacer justicia, cuando juzgamos a Eichmann? Para empezar a avanzar en estas preguntas, recordaré muy brevemente el problema al que, a ojos de ARENDT, nos enfrenta el juzgamiento de los crímenes nazis y lo que podemos denominar los "successor trials" que le siguieron en distintos lugares de Europa, en general, y aquellos a los que nos enfrenta el juicio de Jersualén en particular. Muy brevemente, para luego entrar de lleno en esas últimas dos páginas del epílogo.

Queríamos dejar en claro antes de empezar que, según la mirada de ARENDT, esos problemas no invalidan de ninguna manera la legitimidad de los juicios contra los criminales nazis. Simplemente, plan-

⁷ HILB, "Crímenes que no se pueden punir ni perdonar", en *¿Por qué no pasan los 70?*

⁸ Es sabido que la experiencia de ese juicio, y de las reflexiones y reacciones que le suscitó, tienen un fuerte impacto sobre los desarrollos que encontramos en los escritos y conferencias de Arendt en la parte final de su obra respecto del pensar, del juzgar y de la responsabilidad. Pero –salvo muy acotadamente– no intentaremos aquí ir más allá del epílogo.

tean problemas políticos, jurídicos y morales que es necesario afrontar. Desde Núremberg, escribe, esos juicios se han enfrentado, en efecto, a tres problemas, a saber: la conformación de un tribunal de vencedores, la dificultad por dar una definición válida del crimen, y la dificultad para dar cuenta del nuevo tipo de criminal que comete el crimen⁹. En otras palabras, esta vez las mías, nos confrontan con el problema de que estamos privados de las condiciones en que juzgamos habitualmente de manera que consideramos justa: un tribunal imparcial, una figura jurídica preexistente al crimen, una noción de culpabilidad sostenida en la conciencia del criminal de estar cometiendo un crimen.

En Núremberg, el primer problema –que es a la vez político y jurídico– no podía encontrar solución, si se pretendía juzgar a los jerarcas nazis; si no los juzgaban los vencedores, ¿quién podría haberlos juzgado? El segundo problema, eminentemente jurídico, de la definición del crimen, se sorteó –según ARENDT– malamente apelando a figuras penales existentes, tales como crímenes de guerra, crimen contra la paz, actos inhumanos o piratería, que estuvieron lejos de dar cuenta de la naturaleza inédita del crimen conocido, y que contribuyeron más bien a esconder los principios que fundamentaron las condenas. En cuanto al tercer problema, que diría que podemos considerar de naturaleza a la vez jurídica y política, pero también moral y filosófica, los crímenes nazis nos enfrentaban a un nuevo tipo de criminal que no podía tampoco ser juzgado sencillamente según las normas de la intencionalidad criminal –la *mens rea*–, esto es, la voluntad de actuar en contra de la ley. Nos enfrentaban a individuos que alegaban actuar siguiendo las leyes bajo las cuales se encontraban, que eran leyes criminales que organizaban la masacre de sectores enteros de la población¹⁰.

⁹ Salvo aclaración citamos siempre la obra de ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*.

¹⁰ El problema es jurídico, porque hasta ahora solo sabíamos castigar penalmente el mal hecho adrede, esto es, acompañado de *mens rea*; es político, porque nos exige hacer frente a regímenes que implementan el crimen organizado; y es moral y filosófico, porque desafía nuestra idea respecto del mal como ligado o bien a un mal involuntario, realizado por inadvertencia, del que puedo arrepentirme, o bien a un mal voluntario, hecho con voluntad de infringir la ley moral o jurídica; y porque conduce a interrogarnos sobre esa nueva forma de mal, que no podemos comprender como voluntad subjetiva de hacer el mal o voluntad asumida de infringir el principio fundamental de la moral kantiana.

En su crónica del juicio a *Eichmann in Jerusalem*, ARENDT retoma estos tres problemas para observar en qué medida la realización del juicio contribuyó ya sea a progresar en su resolución –cuando pueden ser resueltos– o echar luz sobre ellos, o si por el contrario ha tendido a oscurecerlos. A sus ojos, la insistencia de Israel por juzgar a Eichmann en su territorio bajo la acusación principal de crímenes contra el pueblo judío, lejos de favorecer la promoción de una instancia internacional –un Tribunal penal internacional– y una figura penal universal –el crimen contra la humanidad– tendió a obstaculizar la comprensión del carácter inédito de los crímenes del régimen nazi (en esto, ARENDT retoma en buena medida los argumentos de YOSAL ROGAT, autor de un pequeño libro titulado *The Eichmann trial and the rule of law*)¹¹. Dieciséis años después de Núremberg, entiende ARENDT, habría habido condiciones para sostener la necesidad de una Corte neutral, y no una de vencedores ni (como lo proponía la acusación) de representante de las víctimas; a ello se agrega que de manera más flagrante que en Núremberg, incluso, el no aceptar testigos para la defensa solo tendía a acentuar el carácter cuestionable del juicio en ese punto, como un tribunal de los vencedores o de las víctimas¹². Respecto de la definición del crimen, entiende que en ningún momento durante el juicio pareció considerarse que la exterminación de los judíos –o de los gitanos u otro grupo étnico– fuera algo dis-

¹¹ Para ROGAT, en su libro, en la evaluación de los juicios pos-Núremberg debemos considerar si puede justificarse en los términos de los principios existentes de la ley internacional –que ahora ha incorporado al genocidio y el crimen contra la humanidad–, y si contribuye a favorecer la promoción de dicha ley internacional (que, a ojos de ROGAT, necesita el establecimiento de un Tribunal internacional). Ver ROGAT, *The Eichmann trial and the rule of law*. En una línea similar, ARENDT entiende que el éxito o el fracaso en lidiar con un crimen sin precedentes consistirá en buena medida en evaluar si esta forma de lidiar contribuirá a consolidar un precedente en el camino hacia una tal ley penal internacional. Reconoce, no obstante, que para el juez que debe juzgar el crimen sin precedentes en las condiciones aún inexistentes o imperfectas de una instancia internacional, es una dificultad cierta el tener que hacer justicia sin la ayuda, o yendo más allá, de los límites establecidos por las leyes positivas existente (ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 273 y 274).

¹² La crítica de ARENDT en este punto no va dirigida a los jueces sino al fiscal Hausner, cuya retórica alimenta la idea de que la finalidad del juicio no es hacer justicia sino satisfacer el deseo, o eventualmente el derecho, de las víctimas a la venganza. En juicios criminales, advierte ARENDT, el criminal es llevado a juicio porque ha dañado a la comunidad en su conjunto, y no porque como en los juicios civiles, se ha dañado a individuos que tienen derecho a reparación. Lo que ha sido dañado y debe restaurarse es el orden público (*Eichmann in Jerusalem*, p. 261).

tinto que un crimen contra un grupo determinado¹³; esto es, en ningún momento se consideró que lo que el régimen nazi había dañado y puesto en peligro era la humanidad entera, el orden internacional en su conjunto, que se trataba propiamente de un crimen contra la humanidad¹⁴. Por fin, en lo que respecta al nuevo tipo de criminal, ARENDT constata que los jueces de Israel se toparon también, y de manera más flagrante aún que en Núremberg, con el estupor ante un acusado que no era ni un perverso ni un sádico, sino que parecía ser aterradoramente normal¹⁵, y respecto del cual era muy difícil aseverar que había tenido conciencia de estar actuando mal mientras organizaba conscientemente la masacre en su rol de funcionario a cargo de la deportación durante el régimen nazi¹⁶.

¹³ No obstante, ARENDT reconoce que la figura de “crímenes contra el pueblo judío” evita la aberración de intentar juzgar los crímenes nazis con las figuras de crimen contra la paz o de crímenes ordinarios de guerra, y que el juicio contribuyó a clarificar la diferencia entre actos inhumanos y crímenes contra la humanidad.

¹⁴ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 269 y 276. En este punto, la crítica de ARENDT se dirige no solo a la procuración sino también a la Corte. El intento de esta de justificar su competencia en nombre de la jurisdicción universal, y el secuestro bajo la figura de piratería, era incompatible con la acusación de crímenes contra el pueblo judío, y con las leyes israelíes bajo las cuales se lo juzgó, y también con la evidencia de que si pudiera argumentarse que Eichmann era un enemigo de toda la humanidad, no sería porque había actuado –como los piratas– fuera de toda forma de comunidad (ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 261 y 262). El juicio fue, de hecho, a ojos de ARENDT, el último de los juicios sucesorios pos-Núremberg, y lo único casi sin precedentes, escribe, fue desgraciadamente la violación por parte de Israel del principio territorial, en el secuestro de Eichmann –un precedente que habría sido poco deseable que se constituyera como válido– (*Eichmann en Jerusalem*, p. 264). Los distintos argumentos de ARENDT que resumimos en estas notas insisten en la falta de claridad con que se llevó adelante todo el proceso, que corresponde a la dificultad por hacer frente a los problemas políticos, jurídicos y morales que suscita-ba, y a la incomprensión del nuevo tipo de crimen.

¹⁵ ARENDT señala que pese a la dificultad por comprender al criminal que debían juzgar, los jueces de Jerusalén no cayeron nunca en la tentación de seguir la tesis de la fiscalía que presentaba a Eichmann como un monstruo sanguinario (*Eichmann in Jerusalem*, p. 276).

¹⁶ A lo sumo, la mala conciencia de Eichmann o de los suyos podía identificarse en el hecho de que las organizaciones criminales, en particular aquellas a las que había pertenecido aquel, habían estado destruyendo la evidencia de sus crímenes durante las últimas semanas de la guerra; pero eso, advierte ARENDT, solo podía probar realmente su conciencia de que lo que para ellos estaba bien, la masacre masiva de grupos humanos considerados inferiores, “aún” no era admitida por el resto de las naciones (*Eichmann in Jerusalem*, p. 277).

Tal es, entonces, de manera sintética, el marco problemático en el que a ojos de ARENDT se inscribe el juicio de Eichmann, y que debemos tener presente cuando intentamos elucidar el complejo final del epílogo de su crónica. "El fracaso del tribunal de Jerusalén", escribe ARENDT taxativamente, "consistió en no abordar tres problemas fundamentales hartamente conocidos y suficientemente estudiados, a partir de la formación del tribunal de Núremberg: el problema de la parcialidad propia de un tribunal formado por los vencedores, el de una justa definición de 'delito contra la humanidad', y el de establecer claramente el perfil del nuevo tipo de delincuente que comete este tipo de delito"¹⁷. Dicho de otro modo, los jueces no lograron afrontar exitosamente estos problemas fundamentales. Ahora bien, querríamos preguntarnos: ¿qué habría sido lograr afrontarlos exitosamente? En la medida en que ARENDT entiende que la finalidad de un juicio es, ante todo, hacer justicia, juzgar y eventualmente condenar al acusado, ¿consiste el fracaso en que no se ha hecho justicia, o consiste el fracaso en que no se han clarificado los verdaderos problemas, esto es en que, para retomar la cita de la que se sirve ARENDT "se ha hecho justicia pero no se ha mostrado públicamente que se ha hecho justicia"?¹⁸.

Creemos poder decir sin temor que esta última es la postura de ARENDT; podemos afirmar que se hizo justicia, puesto que se castigó al criminal, y tal es la finalidad de un juicio; pero el juicio no ayudó a clarificar los problemas políticos, jurídicos y morales a los que nos enfrentamos. La razón profunda de la condena, el *por qué* último de la condena a muerte de Eichmann, ha quedado oculta bajo una serie de argumentos confusos y contradictorios, que responden a la incapacidad de los jueces por hacerse cargo de los problemas que antes mencionamos; para hacer visible este *por qué* último, los jueces deberían, de algún modo, haber hablado del modo en que ARENDT habla por ellos¹⁹. Dicho de otro modo: el final del epílogo expresa la *ultima ratio* de la (justa) condena de Eichmann, aquello que los jueces no osan o no saben decir²⁰.

¹⁷ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 274.

¹⁸ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 277. ARENDT glosa la célebre cita de Lord HEWART de 1924.

¹⁹ "Si admitimos que 'no solo es necesario hacer justicia, sino también mostrar públicamente que se hace justicia', entonces la justicia de lo que se hizo en Israel habría surgido para ser vista por todos si los jueces se hubieran atrevido a dirigir al acusado en términos como estos" (ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 277).

²⁰ En el alegato el tópico de la territorialidad del juicio y del "tribunal de vencedores" pierden relevancia, para dejar el lugar central a los problemas del tipo de

Ahora bien, cuando leemos ese alegato nos surge más de una pregunta: la primera, si esa *ultima ratio*, esa explicitación del fundamento de la condena que ARENDT pone en boca de los jueces, es plenamente consentida por la propia ARENDT, en todas sus premisas y conclusiones. También, si esa fundamentación da respuesta al problema de saber sobre qué asentamos nuestro juicio, cómo determinamos qué, a quien y cómo o con qué pena juzgar, si al juzgar a Eichmann carecemos de figura legal para su crimen, si nos encontramos ante un personaje que desafía nuestra idea de la *mens rea*, esto es, si no podemos asentar nuestro juicio en precedentes, en normas o leyes preexistentes.

§ 2. **EL ALEGATO DEL “EPÍLOGO” A “EICHMANN EN JERUSALÉN”**

Recorramos entonces con cuidado el final del epílogo de *Eichmann en Jerusalén*. Cabe detenerse en dos momentos: el primero concierne específicamente a la frase de ARENDT que precede al alegato final que ella pondrá en boca de los jueces; nos referimos a la frase en que glosa a ROGAT, para hablar de lo que consideramos proposiciones bárbaras (*barbaric*) que justifican la pena de muerte por el principio de la venganza; el segundo momento es, precisamente, ese alegato final. Entonces, empecemos por la frase en que ARENDT glosa a ROGAT: refiriéndose a que nuestra tradición nos impone tener en cuenta el factor subjetivo, el *querer hacer daño* concientemente por parte del criminal, ARENDT escribe: “Rechazamos, y las consideramos bárbaras, las proposiciones de que ‘los grandes delitos ofenden de tal modo a la naturaleza, que incluso la tierra clama venganza; que el mal viola la natural armonía de tal manera que tan solo la retribución puede restablecerla; que las comunidades ofendidas por el delito tienen el deber moral de castigar al delincuente’ (ROGAT). Pese a ello, estimo innegable que es precisamente en virtud de estas olvidadas proposiciones que Eichmann fue sometido a la acción de la justicia, y que tales proposiciones fueron, en verdad, la justificación suprema de la pena de muerte”²¹.

crimen y del tipo de criminal. El argumento sobre la jurisdicción no deja de ser interesante, en tanto la promoción convencida de un Tribunal Penal Internacional no es tal vez lo que los lectores de ARENDT esperamos encontrar en primera instancia. Pero probablemente su ausencia en el “alegato” pueda explicarse sobre todo por el hecho de que el juicio se ha realizado ya en Israel con un tribunal israelí, y que ARENDT –tras haberlo criticado– toma esto como un hecho consumado.

²¹ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 277.

Las premisas que consideramos "bárbaras" han sido la suprema justificación para la condena a muerte de Eichmann. Ahora bien ¿rechaza ARENDT efectivamente esa proposición, considerada arcaica por ROGAT?²² ¿Se incluye en el "nosotros" de quienes la rechazan, o es ese rechazo más bien irónico? Si la rechazara, podríamos pensar que si bien entiende que esa fue la suprema justificación para la condena a muerte de Eichmann –que esa condena está sostenida en esa convicción, de tipo atávico y retributivo²³– ella no necesariamente apoya la condena a muerte, y en todo caso, no apoya la justificación en esos términos. Pero sí entendemos, en cambio, que el rechazo es irónico, entonces debemos entender que ARENDT aprueba de algún modo ese veredicto, y que –en el extraño alegato que seguirá– pondrá en boca de los jueces los argumentos que corresponden a las razones últimas, a la justificación suprema, de la condena a muerte, que los jueces no han osado, o no han sabido, formular en toda su claridad. Intentaremos argumentar que se trata de esto último: en los argumentos del supuesto alegato parece resonar de manera inconfundible la voz de ARENDT; y si esto es así, hemos de intentar desentrañar las distintas voces, la de los jueces, la de ARENDT, tal vez otras más, que parecen superponerse en esa primera persona del plural²⁴.

²² ROGAT, *The Eichmann trial and the rule of law*. El autor liga esas proposiciones con una tradición que denomina una "manera arcaica de mirar el mundo". La cita tomada por ARENDT comienza de este modo: "Por último, las actitudes hacia el castigo también se derivan de esta perspectiva general [...] Hubo un tiempo, hace mucho tiempo, en el que nuestras preguntas sobre la conveniencia del juicio no se habrían planteado porque se admitían las siguientes proposiciones: que un gran crimen ofende a la naturaleza" (ROGAT, *The Eichmann trial and the rule of law*).

²³ ARENDT no utiliza la palabra arcaica, que sí usa ROGAT (y también BUTLER). Ella emplea el término "barbaric" para calificar las proposiciones que ROGAT asocia a esa mirada arcaica sobre el mundo, y se refiere a ellas como "proposiciones hace mucho tiempo olvidadas" (*long forgotten propositions*).

²⁴ Dos textos, uno de SUSANNAH YOUNG-AH GOTTLIEB y otro de JUDITH BUTLER, se han concentrado en estos mismos párrafos de manera que consideramos especialmente atractivo y sugerente. BUTLER señala estas dos alternativas de lectura del párrafo recién citado, e indica que es difícil pensar que ARENDT pudiera hacer suyas esas premisas bárbaras, y que por lo tanto coincidiría en esto con ROGAT; no obstante, a medida que avanzamos en la lectura del texto de BUTLER comprendemos que lejos de desechar la importancia de esas premisas, su presencia resulta para ella a la vez enigmática, central y esclarecedora: en la superposición de voces que se oyen en el alegato final –la supuesta voz de los jueces, la voz de la propia ARENDT–, nos muestra BUTLER, ARENDT parece estar haciendo surgir un principio desde esa formulación arcaica –habría una sabiduría, un principio incipiente, en ese barbarismo–.

En lo que sigue procuraremos desentrañar las voces que corresponden a ese “nosotros” en esos últimos párrafos, la voz que ARENDT atribuye a los jueces y la suya propia. El supuesto alegato con el que concluye el epílogo, esto es, lo que habrían debido decir los jueces si no solo hubieran hecho justicia –esto es: juzgar y condenar a Eichmann– sino también producido, tornado visible, el principio por el que así lo hacían, puede dividirse en tres partes: la primera refiere a la culpabilidad del acusado; la segunda, al crimen que cometió. La última –que se reduce al final de la anteúltima frase, y a la frase final– justifica la pena que le ha de caber.

En la primera, los jueces dicen que están dispuestos a reconocer que el acusado no actuó por voluntad de hacer el mal, y que por ende no se siente culpable; que cumplió un rol que cualquiera en su lugar habría cumplido. Dice así: “Usted ha reconocido que el delito cometido contra el pueblo judío en el curso de la guerra es el más grave delito que consta en la historia, y también ha reconocido su participación en él. Pero ha dicho que nunca actuó impulsado por bajos motivos, que nunca tuvo inclinación a matar, que nunca odió a los judíos, y pese a esto, no pudo comportarse de manera distinta y no se siente culpable. Nos es muy difícil, aunque no imposible, creerle [...] Usted también ha dicho que su papel en la Solución Final fue de carácter accesorio, y que cualquier otra persona hubiera podido desempeñarlo, por lo que todos los alemanes son potencialmente culpables por igual. Con esto quiso decir que, cuando todos, o casi todos, son culpables, nadie lo es. Esta es una conclusión muy generalizada, pero nosotros no la aceptamos[...] Ante la ley, tanto la inocencia como la culpa tienen carácter objetivo, e incluso si ochenta millones de alemanes hubieran hecho lo que usted hizo, no por eso quedaría usted eximido de responsabilidad [...] Aquí nos ocupamos únicamente de lo que hizo, no de la posible naturaleza inocua de su vida inte-

GOTTLIEB, por su parte, afirma desde el inicio que el “rechazamos y consideramos bárbaras” es irónico, y que lo que sigue a ese párrafo nos muestra que ARENDT se excluye de ese “nosotros”. Ese “nosotros” correspondería, entendemos, a quienes no han tomado nota de la destrucción de nuestras categorías jurídicas y morales producida por la catástrofe totalitaria, y que creen que aún podemos apelar a la *mens rea* o a figuras penales precedentes. No es con ellas que podremos dar cuenta del crimen enorme, de la nueva forma de mal que se ha abatido sobre nuestro mundo común –sobre nuestra colectividad, sobre la tierra– (BUTLER, *Hannah Arendt's death sentences*, “*Comparative Literature Studies*”, vol. 48, n° 3, p. 280 a 295; GOTTLIEB, *Beyond tragedy: Arendt, Rogat and the Judges in Jerusalem*, “*College Literature*”, vol. 38, n° 1, 2011, p. 45 a 56).

rior y de sus motivos, ni tampoco de la criminalidad en potencia de quienes lo rodeaban"²⁵.

No lo dice el alegato, pero lo entendemos: si bien Eichmann subjetivamente no se siente culpable, al cumplir con lo que le ordenaba el régimen al que servía –esto es, agregamos nosotros, al obedecer a las leyes del Tercer Reich y a las órdenes del Führer–, es culpable ante la ley porque ante la ley, tanto la inocencia como la culpa tienen carácter objetivo. Escuchamos aquí la voz de ARENDT, entremezclada con la voz de los jueces, o más precisamente, imponiéndose a la de ellos: estamos frente a un nuevo tipo de criminal; no disponemos de una figura que dé cuenta de este nuevo tipo de criminal, que no se considera culpable de la masacre de masas a la que contribuye, sino que se considera una pieza obediente de un régimen al que sirve. Nuestras categorías jurídicas y morales tradicionales han entrado en quiebra y no pueden dar cuenta de aquello que debemos juzgar. Eichmann puede no sentirse culpable, pero su culpabilidad no es de naturaleza subjetiva sino objetiva: no se trata de determinar si actuó conscientemente de manera criminal, sino de determinar si es objetivamente culpable de haber violado la ley. Los jueces no lo dicen, tal vez no son siquiera conscientes de ello, pero es eso lo que nos dice ARENDT que la condena ha puesto de manifiesto: la conciencia de la culpabilidad, ese principio tradicional del orden jurídico anterior, no es pertinente aquí.

Ahora bien, ¿cuál es la ley que objetivamente violó Eichmann, y por la cual deberá ser condenado, si Eichmann cumplió con las órdenes criminales del régimen al que servía? La segunda parte del alegato no formula propiamente una ley, sino que describe una política: esa política es una política de asesinato masivo, una política de no desear compartir la tierra con el pueblo judío ni con otros diversos pueblos. Y el principio criminal que guió esa política de asesinato de masa es la atribución, por parte de Eichmann y sus superiores, del derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo²⁶. Cito nuevamente: "si aceptamos, a efectos dialécticos, que tan solo a la mala suerte se debió que llegara a ser voluntario instrumento de una organización de asesinato masivo, todavía queda el hecho de haber, usted, cumplimentado y, en consecuencia, apoyado activamente,

²⁵ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 277 y 278.

²⁶ Sobre la utilización aparentemente intercambiable de "tierra" y "mundo", cfr. BUTLER, *Hannah Arendt's Death Sentences*, "Comparative Literature Studies", vol. 48 nº 3, p. 291.

una política de asesinato masivo [...] En materia política, la obediencia y el apoyo son una misma cosa [...] Usted apoyó y cumplimentó una política de no desear compartir la tierra con el pueblo judío ni con otros diversos pueblos –como si usted y sus superiores tuvieran el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo–”²⁷.

La ley, señalábamos, está formulada como la impugnación de la política que se atribuye el derecho a decidir quién puede habitar el mundo. Nuevamente, entremezclada con la supuesta voz de los jueces resuena aquí de manera inconfundible la voz de ARENDT: entendemos ahora que en “crímenes contra la humanidad”, en los crímenes por los que ha de perseguirse propiamente a los criminales nazis, resuena en su texto aquello que podemos reformular como la negación de la condición humana misma, la negación de la condición humana de pluralidad –la pluralidad, escribirá ARENDT en *La vida del espíritu*– es la ley de la tierra. Como lo anota en su “Introducción a la política”: “Si es aniquilado un pueblo o un Estado o incluso un determinado grupo de gente, que –por el hecho de ocupar una posición cualquiera en el mundo que nadie puede duplicar sin más– presentan una visión del mismo que solo ellos pueden hacer realidad, no muere únicamente un pueblo o un Estado o mucha gente, sino una parte del mundo [...] Solo puede haber hombres en el sentido auténtico del término donde hay mundo y solo hay mundo en el sentido auténtico del término donde la pluralidad del género humano es algo más que la multiplicación de ejemplares de una especie”²⁸.

²⁷ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 279.

²⁸ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 297 y 298. Reproducimos la cita en toda su extensión: “El mundo solo surge cuando hay diversas perspectivas, únicamente es en cada caso esta o aquella disposición de las cosas del mundo. Si es aniquilado un pueblo o un estado o incluso un determinado grupo de gente, que –por el hecho de ocupar una posición cualquiera en el mundo que nadie puede duplicar sin más– presentan una visión del mismo que solo ellos pueden hacer realidad, no muere únicamente un pueblo o un Estado o mucha gente, sino una parte del mundo –un aspecto de él que habiéndose mostrado antes ahora no podrá mostrarse de nuevo [...]–. Dicho de otro modo: cuantos más pueblos haya en el mundo, vinculados entre ellos de una u otra manera, más mundo se formará entre ellos y más rico será el mundo. Cuantos más puntos de vista haya en un pueblo, desde los que mirar un mundo que alberga y subyace a todos por igual, más importante y abierta será la nación. Si por el contrario aconteciera que a causa de una enorme catástrofe restara un solo pueblo sobre la Tierra en que todos lo vieran y comprendieran todo desde la misma perspectiva y vivieran en completa unanimidad, entonces el mundo en el sentido histórico-político llegaría a su fin [...] Dicho con otras palabras, solo puede haber hombres en el sentido auténtico del término donde hay mundo y solo hay mundo en

Objetivamente, Eichmann y sus superiores, al llevar adelante una política de no querer compartir la tierra con otros pueblos, al atribuirse el derecho de determinar quién puede y quién no puede habitar la tierra, al pretender eliminar una parte del mundo, han violado la ley de la tierra. Los crímenes nazis son, propiamente, crímenes contra la humanidad, en tanto son crímenes contra el mundo común de los hombres. Aquí, también, ARENDT provee a los jueces la figura del crimen, que en su alegato, es la que explica y justifica la condena –y que no es aquella, fallida, por la que los jueces creyeron o alegaron juzgar–.

Atribuirse el derecho de decidir quién puede habitar la tierra es un crimen contra la condición humana de pluralidad, es pretender aniquilar una parte del mundo y a término, el mundo mismo. Podemos entonces entender estos párrafos del “alegato” en la clave que acabamos de proponer. En ellos, ARENDT da cuenta del nuevo tipo de criminal, culpable aunque no actúe por voluntad de hacer el mal, y del nuevo tipo de crimen, el crimen contra la humanidad que es crimen contra la pluralidad, contra la mundanidad del mundo. Pero no debemos olvidar que no estamos aquí tan solo frente a la búsqueda de elucidación de la naturaleza inédita del crimen nazi por parte de ARENDT, sino de la justificación de la sentencia que ARENDT pone en boca de los jueces, y que está sobre la base, entiende, de la condena a muerte de Eichmann.

Llegamos así a la tercera y última parte del alegato, que retomando la caracterización del crimen pronuncia el veredicto y dice así: “Y del mismo modo que usted apoyó y cumplimentó una política de no desear compartir la tierra con el pueblo judío ni con otros diversos pueblos –como si usted y sus superiores tuvieran el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo–, nosotros consideramos que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana, puede desear compartir la tierra con usted. Esta es la razón, la única razón, por la que debe ser ahorcado”²⁹.

Porque Eichmann no quiso compartir la tierra con nosotros, nadie puede querer compartir la tierra con él, y es por eso, y solo por eso, que debe ser colgado. Ahora bien: ¿podemos pensar que ARENDT solo nos está diciendo que es sobre ese principio retributivo –él no quiso, nosotros no podemos querer– que los jueces, a sabiendas o no,

el sentido auténtico del término donde la pluralidad del género humano es algo más que la multiplicación de ejemplares de una especie” [“Introducción a la política”, en *La promesa de la política*, p. 202 y 203 (p. 297 y 298 en inglés)]. Agradecemos a MATÍAS SIRCUK el habernos señalado estos párrafos.

²⁹ ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 279.

condenaron a Eichmann, o debemos pensar que entiende también ella que es por eso, por ese principio retributivo, que la condena a muerte de Eichmann es apropiada, justa? Dicho de otro modo: si en las dos partes anteriores hemos identificado la voz de ARENDT, en la descripción del criminal y en la tipificación del crimen, ¿es también su voz la que escuchamos aquí? Debemos intentar, una vez más, desentrañar las voces, la que ARENDT atribuye a los jueces, primero, y la de la propia ARENDT después.

Para escuchar la voz que ARENDT atribuye a los jueces volvamos a la cita anterior: es sobre los principios que consideramos bárbaros, dice ARENDT con claridad, que Eichmann fue juzgado y condenado a muerte: la naturaleza retributiva de la decisión de los jueces no merece duda, si han condenado a muerte a Eichmann es porque “los grandes delitos ofenden de tal modo a la naturaleza, que incluso la tierra clama venganza; que el mal viola la natural armonía de tal manera que tan solo la retribución puede restablecerla; que las comunidades ofendidas por el delito tienen el deber moral de castigar al delincuente”. Los jueces, nos dijo antes ARENDT, resistieron a la invocación del fiscal, que invocaba el derecho de venganza de las víctimas; en su lugar –y nuevamente, que lo sepan o no– sostuvieron la obligación de hacer lugar, en la condena, a la retribución que exige el mal que viola la armonía natural, que reclama la comunidad dañada. Pero debemos aún detenernos un instante en lo siguiente: siguiendo ese principio “bárbaro”, no todo crimen, solo un gran crimen, o lo que se nombra aquí como el mal, puede convocar a la venganza³⁰, a la retribución, en esos términos. ¿Cómo determinar qué es un gran crimen, cómo reconocer el mal?

Podemos aventurar que, en lo que respecta a los jueces, la respuesta está de algún modo sugerida por ARENDT tanto en el epílogo como en el *postscript* añadido un año más tarde a su libro: comentando una vez más la inadecuación del sistema legal y los conceptos jurídicos corrientes para lidiar con las masacres administrativas organizadas desde el aparato estatal, ARENDT advierte que si miramos con atención, “observaremos sin demasiada dificultad que en todos estos juicios los jueces juzgaron exclusivamente sobre la base de la

³⁰ Como podemos observar, ARENDT parece distinguir la idea del juicio como justificado por la venganza de las víctimas judías, tal como lo propone HAUSNER, de esta idea expresada aquí de una venganza exigida por la tierra, por la naturaleza, esto es, de la exigencia de retribución que parece ser exigido por la necesidad de restablecer un equilibrio que el mal ha violado.

monstruosidad de los actos (*monstruous deeds*). En otras palabras, juzgaron libremente”. Desde Núremberg en adelante, advierte, observamos que al condenar a muerte los jueces no se basaron en una supuesta graduación penal existente para los crímenes también ya previstos, ni aplicaron automáticamente las leyes que ellos mismos decían debían prevalecer, sino que juzgaron libremente, sin subsumir su juicio de manera determinada a un código, exclusivamente a partir de su apreciación de lo que consideraban actos monstruosos. No nos ocuparemos aquí de la pregunta respecto de cómo reconocer lo que es propiamente, para los jueces, un acto monstruoso que convoca a la pena de muerte. Alcanza, para nuestro propósito, con recordar esta cita de ARENDT: “El verdadero mal es aquello que nos provoca un horror mudo, ante el cual solo podemos decir ‘esto no debió haber sucedido jamás’”³¹, y con advertir que el *postscript* nos dice que la condena a muerte ha sido la respuesta a la percepción de la monstruosidad de los actos. Traducido a los términos del alegato, podemos decir que el verdadero mal, la participación en actos monstruosos que no debieron haber sucedido jamás, se corresponde a la pretensión de determinar quién puede, y quién no puede, habitar el mundo. En ambas lecturas, tanto en las sentencias de los jueces que juzgan libremente “únicamente sobre la base de las acciones monstruosas”, y de la justificación que ARENDT pone en su boca –violaron la pluralidad, que es la ley de la tierra, y por ello nadie puede querer compartir la tierra con ellos–, en ambas lecturas, decía, el veredicto es que estos criminales deben morir. Ahora bien, ¿comparte ARENDT ella misma ese veredicto, y avala la justificación retributiva que le atribuye?

§ 3. **JUSTICIA, RETRIBUCIÓN, VENGANZA: ¿ES POR ESO QUE DEBE SER COLGADO?**

¿Cómo colocarnos frente a quienes se sitúan más allá de la humanidad de los seres humanos, quienes desconocieron todo límite, quienes pusieron en obra la premisa central del totalitarismo de que –para ponerlo en palabras de ARENDT– “todo es posible”?³². ¿Debemos

³¹ ARENDT, *Responsibility and judgment*, p.75.

³² ARENDT utiliza en numerosas ocasiones este sintagma interno de la cita de DAVID ROUSSET, “Los hombres normales no saben que todo es posible”, que aparece completa varias veces en *Los orígenes del totalitarismo*, para referirse a la convicción fundamental del totalitarismo. Véase, por ejemplo, “El supuesto central del totalitarismo [es] que todo es posible” (ARENDT, *The origins of totalitarianism*, p. 427).

entender y aprobar el principio que subyace a la condena de Eichmann si este principio nos dice que quien desafíe la condición humana pretendiendo desconocer todo límite debe ser expulsado definitivamente de la comunidad humana? Y si nos encontramos con que el desconocimiento de todo límite, el “todo es posible”, ha consistido en arrogarse la potestad de eliminar a una parte del género humano, ¿podemos enunciar el principio bajo la forma de retribución, que diría que quien se arroga la potestad de eliminar a otros debe ser él mismo eliminado? ¿Franquea también ARENDT ese límite en el final del epílogo, si no en los hechos sí en las palabras, al determinar la justicia de la pena de muerte en los términos retributivos en que los formula: “porque usted no quiso compartir la tierra con nosotros, consideramos que ningún ser humano puede querer compartir la tierra con usted, y es por eso, solo por eso, que usted debe ser colgado”?

Tal vez podamos aproximarnos a una respuesta si empezamos recordando una vez más la repetida afirmación de ARENDT que nos dice que hay crímenes que, por exceder lo que corresponde a lo humanamente concebible, por ponernos cara a cara con el mal radical, no se pueden castigar cabalmente. No obstante, que no haya castigo a la medida del mal radical no es un motivo para no juzgar a los autores de estos crímenes: sería intolerable para nuestro sentido de la justicia, escribe ARENDT en “Responsabilidad personal bajo una dictadura”, que porque sus crímenes horrendos excedan aquello que podemos castigar, sus autores quedaran impunes³³. Esa es la situación en la que nos encontramos cuando nos preguntamos respecto de la justicia de la condena a muerte de Eichmann: no hay ordenamiento penal que pueda dar la medida del mal radical; pero al mismo tiempo, es necesario juzgar y condenar a Eichmann³⁴.

La frase final del alegato manifiesta, entendemos, esta situación paradójica, o tal vez sea más apropiado decir trágica —en tanto no podemos escapar a ella, en tanto debemos juzgar y castigar aquello que

³³ ARENDT, “Personal responsibility under dictatorship”, en *Responsibility and judgment*, p. 26.

³⁴ “Así es que aquí estamos, exigiendo y administrando el castigo de acuerdo con nuestro sentido de la justicia, mientras que, por otro lado, este mismo sentido de la justicia nos informa de que todas nuestras nociones anteriores sobre el castigo y sus justificaciones nos han fallado” (“Personal responsibility under dictatorship”, en ARENDT, *Responsibility and judgment*, p. 26).

es imposible punir³⁵. La *ultima ratio* de la condena a muerte de Eichmann se expresa en la fórmula retributiva, en la que a través de la voz de los jueces ARENDT nos hace oír la voz atávica de la tierra que reclama venganza, que reclama la obligación moral de restitución para la comunidad dañada, de la restitución de una armonía natural que solo la retribución puede restituir. Esa fórmula retributiva nos muestra que así como el crimen excede el orden de los asuntos entre los hombres, también el castigo del crimen se sitúa más allá de lo que, de ordinario, puede hacer el orden jurídico –esto es, impartir justicia con minúscula, sin apelar a un más allá del orden común–.

Debemos juzgar a Eichmann, pero no podemos olvidar que la medida de su crimen horrendo escapa a la justicia entre los hombres. En la apelación al principio *long forgotten* de la venganza de la tierra se nos aparece el más allá desde el cual, únicamente desde el cual, es posible hacer frente al mal radical. Detrás de la condena mundana, que apela a leyes existentes y delitos conocidos, se proyecta la imagen de otro lugar, más allá del quehacer mundano, desde el cual se alza el castigo; ese lugar, podemos decir, es el límite mismo de la mundanidad del mundo.

Ignoramos por cierto si ARENDT, al escribir esas últimas líneas del epílogo, estaba expresando lo que aquí proponemos, pero creemos posible, a partir de sus escritos posteriores, sostener el sentido de esta lectura. Sabemos de sobra que ARENDT señaló más de una vez el impacto que el juicio de Eichmann tuvo sobre su meditación sobre el mal, el pensar y el juicio. Y acudiendo a sus escritos posteriores, tal vez el argumento de la frase final del epílogo a *Eichmann in Jerusalem* pueda formularse así: en la figura de Eichmann se retrata la doble negación de la pluralidad, la de quien, al renunciar al diálogo consigo mismo, al renunciar al pensar, ha destruido la pluralidad del dos en uno en su seno. Y la de quien, junto con sus superiores, ha obrado para destruir la pluralidad del mundo común. En esa figura,

³⁵ ROGAT concluye su panfleto con una referencia al final de la Orestíada, y a la institución de un Tribunal por parte de Athenea, que ha de poner fin al ciclo de la venganza. No es posible desarrollar aquí por qué entendemos que ARENDT, quien retoma gran parte de las tesis de ROGAT, no retoma sin embargo esa idea. Diremos simplemente que tal vez –y no obstante su promoción de un Tribunal Penal Internacional– la respuesta deba buscarse en el hecho de que a sus ojos, esa situación trágica no puede ser “resuelta”, sino que debe ser asumida como propia de nuestra condición humana cuando nos hallamos en presencia del mal radical o extremo –y también, como lo mostraría su lectura del cuento “Billy Budd”– del bien radical. Nos permitimos reenviar al respecto a HILB, “Más acá del Bien y del Mal”, en *¿Por qué no pasan los 70?*.

en la figura banal de ese individuo sin espesor, se muestra el rostro del mal radical. Sabemos que ARENDT descubre, en el juicio de Eichmann, un nuevo modo de pensar el mal radical: si hasta entonces su reflexión parecía orientarse al mal hecho adrede, a la voluntad de hacer el mal, en el juicio descubre lo que se le presentará como la aterradora banalidad del mal, que se vuelve posible cuando renunciamos a pensar, al diálogo plural con nosotros mismos. Los verdaderos *skandala*, escribirá en “Some questions of moral philosophy”, no surgen de la voluntad de hacer el mal sino “de la ausencia de voluntad o de la incapacidad de relacionarse con otros a través del juicio [...] Allí reside el horror y al mismo tiempo, la banalidad del mal”³⁶.

En esta reorientación de su reflexión respecto del mal suscitada por el impacto del juicio de Eichmann, de la voluntad maligna a la destrucción de la pluralidad, ARENDT conserva, como observamos, el término de *skandalon* para referirse al mal radical, y la correspondiente referencia al Evangelio de San Lucas (17:3), de la que se ha servido en textos anteriores. El *skandalon*, recordemos, es ese mal extremo que excede el mal banal de todos los días, y que excede por ello también el alcance de lo que podemos castigar o perdonar. En la reorientación de su reflexión sobre el mal radical, el énfasis en el interés de ARENDT por el *skandalon* parece también trasladarse de la voluntad maligna del criminal al daño hecho a la comunidad: “lo que aquí se destaca sin lugar a dudas” escribe al respecto en “Algunas cuestiones de filosofía moral” los siguiente: “es el daño que se hace a la comunidad, el peligro que se presenta para todos”³⁷. Y en efecto, si en *La condición humana* leemos que, frente al mal radical –al *skandalon*– la palabra de Jesús será “sería mejor para él que le colgaran una piedra alrededor del cuello y lo echaran al mar”, este “para él” desaparece en la cita de *Responsabilidad y juicio*, donde leemos, tan solo, que “sería mejor que le colgaran una piedra alrededor del cuello y lo echaran al mar”³⁸. Al reorientar nuestra mirada del agente criminal a la comunidad, ya parece importar poco el “para él”, e importa mucho más la comunidad dañada. Nada tenemos en común con quien niega la pluralidad en el mundo; no hay mundo común con él, sería mejor que no hubiera nacido, y habiendo naci-

³⁶ ARENDT, *Responsibility and judgment*, p. 146.

³⁷ ARENDT, *Responsibility and judgment*, p. 126.

³⁸ Jesús, escribe también, “no nos dice cuál es la naturaleza de estas ofensas escandalosas: percibimos la verdad de sus palabras pero no podemos fijarla con precisión” (ARENDT, *Responsibility and judgment*, p. 74).

do, que desaparezca de la tierra. Ese mal radical escapa a nuestra posibilidad humana de castigarlo; nosotros solo podemos decir “esto no debió haber sucedido”. Solo el Juicio Final, nos dice también el Evangelio, puede dar la medida de la retribución justa frente al *skandalon*³⁹.

El mal radical, nos enseña ARENDT, no puede castigarse de manera cabal; no solo porque es novedoso que no poseemos las armas jurídicas que den la medida, es porque escapa a la dimensión intrahumana. El mal radical nos enfrenta a lo inconmensurable, nos enfrenta a aquello que, por escapar a la humanidad de los seres humanos, no debería haber sucedido, no debería haber existido, y no puede encontrar un castigo a su medida. Solo podemos imaginar a su medida la justa retribución del Juicio Final, si nos remitimos a los *skandala* en los términos en los que lo hace el Evangelio; o, de otro modo, si apelamos a la venganza de la tierra, a la naturaleza violada que exige reparación⁴⁰. Esto es, si reenviamos el juzgar y castigar a una dimensión no humana –extrapolítica, suprapolítica– de lo justo.

Pero volvamos, para concluir, al juicio de Jerusalén; es allí, en ese territorio delimitado por la convivencia entre los hombres, más acá de la justicia retributiva que solo cabe al juicio final y de la venganza que exige la naturaleza dañada, esto es, de las formas no políticas en que nos interpela y se presenta ante nosotros la respuesta al mal radical, que los jueces han debido juzgar, y ARENDT y nosotros, espectadores, con ellos. No hay castigo a la medida del mal radical; en última instancia, cualquier tribunal, no solo el Tribunal de Jerusalén, debía fracasar en ese cometido. Y sin embargo, es tarea de los jueces impartir justicia, y es lo que los jueces han hecho.

Los jueces, nos dice ARENDT con su propia voz, han impartido una justicia humana que en su fundamentación última solo puede apuntar, sin ironía, y aunque no creamos en ellas,⁴¹ a un más allá de una dimensión atávica –o tal vez osemos decir arcaica– de lo natural, o, eventualmente, agregaremos, al más allá de la Justicia divina.

³⁹ ARENDT, *The human condition*, p. 239 a 241.

⁴⁰ Tal vez no esté de más señalar que la afirmación de ROGAT respecto del arcaísmo de la proposición sobre la tierra que clama venganza tiene por objeto centralmente a la tradición judía.

⁴¹ Tomamos esta formulación, que encontramos a la vez bella y precisa (GOTTLIEB, *Beyond tragedy: Arendt, Rogat and the judges in Jerusalem*, “*College Literature*”, vol. 38, nº 1, p. 18).

Queda la pregunta, entre muchas otras, si efectivamente, para que la justicia hubiera no solo sido hecha, sino visible en su hacer para todos, el alegato de ARENDT podría haber sido expresado en esos términos por los jueces, suponiendo que hubieran tenido conciencia de la fundamentación última de su veredicto. O si acaso, esa fundamentación última no escapa a aquello que puede ser dicho y escuchado en el terreno de los asuntos comunes entre los hombres; si no remite a una relación con lo justo que excede, o en la que se enraiza, nuestra capacidad de juzgar libremente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, HANNAH, *Eichmann in Jerusalem*, con introducción de Amos Elon.
 — *Essays in understanding. 1930-1954*, Nueva York, Schocken Books, 1994.
 — “Introducción a la política”, en *La promesa de la política*, Barcelona, Paidós, 1993.
 — *La promesa de la política*, Barcelona, Paidós, 1993.
 — *Responsibility and judgment*, Nueva York, Schocken Books, 2003.
 — *The human condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1958.
 — *The origins of totalitarianism*, Nueva York, Harvest, 1976 (1ª ed. 1948-1951).
 BUTLER, JUDITH, *Hannah Arendt’s death sentences*, “*Comparative Literature Studies*”, vol. 48, n° 3, 2011, p. 280 a 295.
 HILB, CLAUDIA, “Crímenes que no se pueden punir ni perdonar”, en *¿Por qué no pasan los 70?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.
 — *¿Por qué no pasan los 70?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.
 ROGAT, YOSAL, *The Eichmann trial and the rule of law*, California, Center for the Study of Democratic Institutions, 1961.
 YOUNG-AH GOTTLIEB, SUSANNAH, *Beyond tragedy: Arendt, Rogat and the judges in Jerusalem*, “*College Literature*”, vol. 38, n° 1, 2011.

OBEDECER PARA CONFIAR Y CONFIAR PARA OBEDECER: ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CONFIANZA EN RELACIÓN CON LA (DES)OBEDIENCIA AL DERECHO*

EDUARDO MAGOJA**

Resumen. El derecho es una práctica social compleja dentro de la cual intervienen diversos factores, en especial de naturaleza moral. Uno de tales componentes –muy importante, por cierto– es la confianza. Ella cumple un papel protagónico en muchas instituciones y en el Estado de derecho: por ejemplo, en una simple relación contractual o en el desarrollo del principio general, y fundamental, de la seguridad jurídica.

El problema de la obligación política, esto es, el vínculo complejo que une al individuo con la organización estatal no escapa a aquella relación. Focalizado en este punto, el propósito de este trabajo es desarrollar, desde la filosofía jurídica y una clave de lectura que privilegia la obligación política, la confianza en cuanto capital jurídico-social y su vínculo con la (des)obediencia al derecho en el marco de la empresa cooperativa del Estado. Mediante una variable que afecta sin duda a las democracias actuales, se busca reflexionar sobre una de las condiciones que contribuye a mantener la obediencia generalizada al derecho y el respecto por las instituciones.

Palabras clave: confianza, obediencia, desobediencia, derecho, esquema cooperativo.

* Recepción: 15/3/2022; evaluación: 20/3/2022; aceptación: 1/5/2022.

** Abogado y magíster en Filosofía del Derecho (UBA). Docente en Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA). Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com.

***OBEY TO TRUST AND TRUST TO OBEY:
 SOME NOTES ON TRUST IN RELATION
 TO (DIS)OBEDIENCE TO LAW***

Abstract. Law is a complex social practice in which several factors take part, especially of a moral nature. One of these factors –by the way a very important one– is trust. It plays a main role in many institutions and in the rule of law: for instance, in a simple contractual relationship, or the development of the general and fundamental principle of legal certainty.

The problem of political obligation, that is, the complex link that joints the individual with the state organization does not escape from that relationship. Concerning whit this topic, this paper aims to develop, from legal philosophy and an approach focused on political obligation, trust as legal-social capital and its relation with (dis)obedience to law in the cooperative scheme of state. By studying a social factor that undoubtedly affects current democracies, the paper seeks to reflect on one of the conditions that contribute to maintaining general obedience to the law and respect for institutions.

Keywords: trust, obedience, disobedience, law, cooperative scheme.

***OBEDECER PARA CONFIAR E CONFIAR
 PARA OBEDECER: ALGUMAS NOTAS
 SOBRE A CONFIANÇA EM RELAÇÃO
 À (DES)OBEDIÊNCIA AO DIREITO***

Resumo. O direito é uma prática social complexa na qual intervêm vários fatores, especialmente de natureza moral. Um desses componentes –muito importante, a propósito– é a confiança. Esta desempenha um papel principal em muitas instituições e no Estado de direito: por exemplo, numa simples relação contratual ou no desenvolvimento do princípio geral e fundamental da segurança jurídica.

O problema da obrigação política, isto é, o vínculo complexo que une o indivíduo à organização estatal, não escapa a esta relação. Focado neste ponto, o objetivo deste trabalho é desenvolver, a partir da filosofia jurídica e de uma chave de leitura que privilegia a obrigação política, a confiança como capital jurídico-

co-social e sua vinculação com a (des)obediência ao direito no quadro da empresa cooperativa estatal. Através de uma variável que indiscutivelmente afeta as democracias atuais, busca-se refletir sobre uma das condições que contribui para manter a obediência generalizada ao direito e o respeito às instituições.

Palavras-chave: confiança, obediência, desobediência, direito, esquema cooperativo.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

La teoría del *fair play* es una propuesta que intenta justificar por qué los ciudadanos de un Estado tienen el deber de obedecer las leyes y sus instituciones. Dicho planteo se remonta a HART³, pero luego fue desarrollado por RAWLS⁴ y más recientemente por KLOSKO⁵. La idea es sencilla, pero con mucho potencial: si un individuo se beneficia del esfuerzo de los demás participantes de un esquema cooperativo, tiene a su vez el deber de soportar las cargas que establecen los miembros entre sí; de lo contrario, violarían su deber de *fair play*, esto es, de reciprocitar los beneficios obtenidos.

Según KLOSKO, el principio de *fair play*, que es la esencia de la teoría, depende de cinco factores⁶. En primer lugar, debe haber un esquema activo de cooperación social. En segundo lugar, el esfuerzo cooperativo coordinado por reglas debe generar beneficios para los miembros de la asociación. Como tercer requisito, la cooperación requiere la sumisión a varias restricciones a la libertad y, por ello, es gravosa para quienes cooperan. En cuarto término, se requiere la cooperación de la mayoría de los participantes, y no necesariamente de todos, para que la empresa produzca beneficios; de esta manera, al interior de la empresa se puede distinguir entre aquellos que se someten a las reglas y aquellos que no. Por último, incluso quienes no cooperan aprovechan los beneficios derivados del esfuerzo de los demás, y sobre ellos también sería posible entonces justificar un deber de cooperación.

³ HART, *Are there any natural rights?*, "Philosophical Review", vol. 64, nº 2, p. 175 a 191.

⁴ RAWLS, "Legal obligation and the duty of fair play", en FREEMAN, *Collected papers*, p. 117 a 129.

⁵ KLOSKO, "Presumptive benefit, fairness, and political obligation", en EDMUNDSON, *The duty to obey the law*, p. 193 a 212; también de KLOSKO, *The principle of fairness and political obligation*; y *Political obligations*.

⁶ KLOSKO, *The principle of fairness and political obligation*, p. 33.

En su propuesta, KLOSKO realiza un análisis muy detallado sobre cada uno de estos requisitos, pero no se detiene mucho, en relación con el cuarto, sobre la cuestión de la obediencia generalizada como condición necesaria de desarrollo de toda empresa cooperativa. Quizás esto se debe a que no es necesario hacer semejante análisis. En efecto, es bastante intuitivo que el principio de *fair play* funciona siempre y cuando haya cierto nivel elevado de sometimiento a las normas. Ningún hombre racional realizaría sacrificio alguno allí donde la regla es la desobediencia y el esquema no puede garantizar, debido al caos y la anomia, que los esfuerzos no sean en vano. Dicho esto, sin embargo, cabe realizar el siguiente planteo: si bien un argumento de este tipo ofrece una respuesta suficiente, lo cierto es que se pueden llevar adelante algunas consideraciones adicionales a la luz del valor instrumental y moral de la confianza, elemento clave que a simple vista anida sobre la base de la reciprocidad e incide sobre la cooperación generalizada y la sumisión a la autoridad del derecho.

En este sentido, el propósito de este trabajo es desarrollar, desde la filosofía jurídica y una clave de lectura que privilegia la obligación política (el vínculo complejo que une al individuo con la organización estatal)⁷, la confianza en cuanto capital jurídico-social y su vínculo con la (des)obediencia al derecho en el marco de la empresa cooperativa del Estado. Se espera reflexionar, de este modo, sobre el rol central que tiene la confianza dentro del problema de la obediencia al derecho, y su desobediencia, desde una variable que afecta sin duda a las democracias actuales.

En función de lo planteado, la estructura del trabajo será la siguiente: en primer lugar, realizaremos algunas precisiones sobre la confianza en conexión con la obediencia al derecho; en segundo lugar, veremos el impacto de la desconfianza en un esquema cooperativo y, a partir de allí, en tercer término, argumentaremos sobre la importancia de mantener una obediencia estricta para conservar el valor del derecho y, sobre todo, su autoridad.

§ 2. **EL LUGAR DE LA CONFIANZA EN MATERIA DE OBLIGACIÓN POLÍTICA**

La confianza se encuentra por doquier en el entramado de relaciones que engloba la sociedad: en una simple relación de amistad,

⁷ HORTON, *Political obligation*, p. 11 a 13.

en las transacciones económicas, en las relaciones de trabajo, en el trato médico-paciente y en otros vínculos sociales más complejos. El derecho en particular y el Estado en general no están ajenos a esta situación. Muchas de sus instituciones tienen un fuerte contacto con la confianza, cuya presencia incluso puede definir hasta su normal funcionamiento y calidad. Pensemos, por ejemplo, en la seguridad jurídica, uno de los principios más importantes del Estado de derecho que remite, según explica BIDART CAMPOS, "a la idea de que ha de ser posible prever razonablemente con suficiente precisión, y sin sorpresivas irrupciones, cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco estable del ordenamiento jurídico, así como contar con adecuada protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico"⁸. O consideremos la celebración de un simple contrato de compraventa en el que una agencia de autos, tras recibir un determinado monto de dinero, se compromete a hacer entrega de un vehículo automotor. En ambos casos, cumple un rol central en la configuración y desarrollo de la relación la creencia que se tenga acerca de cómo se desarrollarán las cosas (previsibilidad), sea esto que se trate, en el caso de la seguridad jurídica, del cumplimiento por parte del Estado de leyes, procedimientos y decisiones adoptados, o, en el ejemplo del contrato, el modo en que se comportará la contraparte luego de celebrarse el acuerdo. Las personas podrán tener cierto grado de confianza (o desconfianza) con respecto a la posibilidad de que se satisfagan sus expectativas, lo cual sin duda influirá –más allá de las eventuales consecuencias legales– no solo en la opinión que se puede tener sobre una determinada institución (el Poder Judicial, la policía o la administración estatal en general) o la persona con quien se celebra un contrato, sino también directamente sobre la decisión de tomar vínculo alguno. Si, por ejemplo, el grado de desconfianza hacia la institución policial o judicial es muy alto, quizá las personas eviten denunciar ciertos delitos o llevar un conflicto civil a la justicia; o por lo menos lo pensarán varias veces antes de hacerlo.

En la literatura se ha discutido mucho acerca del concepto de confianza. Según GAMBETTA, "la confianza (o, simétricamente, la desconfianza) es un nivel particular de la probabilidad subjetiva con el que un agente evalúa que otro agente o grupo de agentes realizará una acción particular, tanto *antes* de que pueda monitorear tal acción (o independientemente de su capacidad para poder controlarla algu-

⁸ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*, p. 12.

na vez) y en un contexto en el que afecta su propia acción”⁹. Sin embargo, una gran parte de los especialistas, como BAIER, HAWLEY y FESTENSTEIN, no reducen el concepto a una simple creencia dada con respecto a la conducta que tomará otra persona –lo cual impediría distinguirla de la mera dependencia en otro–, sino que la entienden como una actitud calificada por el tipo de reacción: cuando alguien confía en otro y este viola su confianza, lo que emerge en aquel individuo ante el incumplimiento de las expectativas es una sensación de traición, o al menos de defraudación, antes que una simple decepción¹⁰. Entre los estudiosos del tema de la obediencia política, GILBERT se expresa en este sentido, cuando en el marco de su teorización sobre los “compromisos conjuntos” (*joint commitments*) dice que “si no estoy en condiciones de confiar en ti para hacer algo, no puedes traicionarme cuando no lo hagas. Puedes sorprenderme, decepcionarme, herirme, pero no puedes traicionarme. Lo que sea que me exponga a la traición legítima mi confianza [...] La traición, se podría decir, es el lado oscuro de la confianza”¹¹.

Si tomamos esta última propuesta, podemos avanzar hacia la idea de que la defraudación que sentimos cuando los demás no se someten a la ley (violación de la confianza interpersonal) o cuando desde el lado de las propias instituciones no se satisfacen nuestras expectativas justificadas (violación de la confianza institucional), se apoya en el incumplimiento o el quebrantamiento de un compromiso o acuerdo. Se supone que como integrantes de una empresa cooperativa mutuamente ventajosa, como lo es el Estado, esperamos que cada uno cumpla con su parte y que las instituciones que gobiernan la empresa actúen de forma tal de fortalecer y promover tal esquema para que cada uno de sus miembros pueda llevar a cabo su plan de vida. El compromiso, por cierto, dada la complejidad de las relaciones de la empresa comunitaria (mayormente anónimas), debe entenderse en un sentido amplio y hasta impreciso, de modo de abarcar tanto la aceptación de bienes primarios básicos como también todos aquellos

⁹ GAMBETTA, “Can we trust trust?”, en GAMBETTA, *Trust: making and breaking cooperative relations*, p. 217 a 218.

¹⁰ Cfr. BAIER, *Trust and Antitrust*, “Ethics”, vol. 96, nº 2, p. 231 a 260; HAWLEY, *Trust, distrust and commitment*, “Nous”, vol. 48, nº 1, p. 1 a 20; y FESTENSTEIN, *Political trust, commitment and responsiveness*, “Political Studies”, vol. 68, nº 2, p. 446 a 462.

¹¹ GILBERT, *Theory of political obligation: membership, commitment, and the bonds of society*, p. 152.

bienes públicos que no son esenciales para el bienestar personal, aunque quizá puedan ser deseados por las personas: los denominados, según KLOSKO, “bienes públicos discrecionales” (*discretionary public goods*)¹² o, para ser más claros, “bienes públicos no básicos”.

Tal acuerdo puede materializarse de distintas maneras; no solo se trata de una cuestión de promesas o juramentos explícitos, como podrán llevar adelante los funcionarios del Estado o determinadas personas en particular, sino cualquier acto que de algún modo muestre, aunque implícitamente, la intención de forma parte de tal empresa y regirse por sus reglas. Conviene tomar aquí, para explicar este punto, la distinción que lleva a cabo SIMMONS entre actos que son signos de consentimiento (*signs of consent*) y actos que llevan implícitamente ese consentimiento (*implies consent*)¹³. En el primer caso, el acto, de acuerdo con el contexto en el que se lleva a cabo, cuenta como una expresión del sujeto de formular su consentimiento; en el segundo, en cambio, el sujeto no busca expresarlo por medio del acto que ejecuta. Los efectos entre uno y otro supuesto son claros: solo el primero puede generar un compromiso. De hecho, en el caso del silencio, para que pueda ser considerado como un signo de consentimiento, se deben satisfacer, según SIMMONS, tres requisitos como mínimo: primero, la situación debe ser tal que sea perfectamente claro que el consentimiento es apropiado y que el individuo es consciente de ello; segundo, debe haber un período razonable de tiempo para formular expresiones de disenso, y los medios aceptables de expresar esa discrepancia deben darse a conocer y ser entendidos por el otorgante del consentimiento; y tercero, debe ser claro para el otorgante del consentimiento el momento en el que esas expresiones de disenso ya no son permitidas¹⁴. Si bien en muchas circunstancias estos tres requisitos son suficientes, SIMMONS sugiere dos condiciones adicionales más: la forma de indicar la disidencia debe ser razonable y a su vez razonablemente fácil de realizar, y sus consecuencias no pueden ser extremadamente perjudiciales para el otorgante del consentimiento¹⁵.

¹² Cfr. KLOSKO, *The principle of fairness and political obligation*, p. 85.

¹³ SIMMONS, *Tacit consent and political obligation*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 5, n° 3, p. 286 y SIMMONS, *Moral principles and political obligations*, p. 88.

¹⁴ SIMMONS, *Tacit consent and political obligation*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 5, n° 3, p. 279.

¹⁵ SIMMONS, *Tacit consent and political obligation*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 5, n° 3, p. 280.

Hay numerosos actos que son signos de consentimiento y sirven para justificar el compromiso de someterse al esquema cooperativo de Estado y formar parte de él. En las democracias actuales, dejando a un lado la residencia, aquello sucede en especial con las distintas formas de involucrarse en las instituciones jurídico-políticas de la comunidad y sentirse un miembro de ella. Al respecto, PLAMENATZ, por ejemplo, considera que con la votación de los representantes del gobierno las personas expresan su consentimiento de someterse a la autoridad estatal¹⁶; por su parte, BERAN sostiene que “la aceptación de la membresía plena en el Estado es lo que cuenta como su acuerdo implícito de obedecerlo”¹⁷. Entonces, quienes con libertad eligen vivir en una determinada comunidad y se involucran de un modo u otro en su organización social y política o en las instituciones propias del Estado expresan cierto compromiso de seguir sus reglas.

La confianza interpersonal y la confianza en las instituciones estatales –la cual sería un tipo de confianza delimitada por el objeto hacia el cual se dirige (administración de justicia, órganos de elaboración de leyes, administración estatal, etc.)– juegan un papel muy importante en materia de obligación política dentro de la democracia. En lo que respecta al primer tipo de confianza, confiar en que los demás miembros de la comunidad se someterán a las reglas jurídicas, permite y fortalece la cooperación, entendida como el conjunto de acciones que un individuo realiza, de forma conjunta con otros, con el propósito de alcanzar alguna meta común. En efecto, varios autores consideran que confiar amplía las posibilidades de cooperar con los demás y, si estos efectivamente se comportan de acuerdo con nuestras expectativas, nos permite tener beneficios que de otro modo no serían posible alcanzar¹⁸. Además, lo interesante de la confianza es que, como afirma LUHMANN, posibilita tipos de cooperación muy complejas como el Estado, en los que sería imposible, por limitación de las facultades humanas, tener control sobre las relaciones. Sin confianza solo serían posibles esquemas muy rudimentarios de cooperación, que se circunscriben a un tiempo y espacio muy limitado¹⁹. Ella habilita ir más allá en términos temporales; “se gana tiempo y el

¹⁶ PLAMENATZ, *Consent, freedom and political obligation*, p. 170.

¹⁷ BERAN, *In defense of the consent theory of political obligation and authority*, “Ethics”, vol. 87, n° 3, p. 270.

¹⁸ GAMBETTA, “Can we trust trust?”, en GAMBETTA, *Trust: making and breaking cooperative relations*, p. 213 a 237; HARDIN, *Trust and trustworthiness*, *passim*.

¹⁹ LUHMANN, *Confianza*, p. 154.

tiempo es la variable crítica en la construcción de estructuras de sistemas complejos”²⁰.

Se puede discutir acerca de si verdaderamente la confianza es esencial a la cooperación, sobre todo a gran escala. Por ejemplo, COOK, HARDIN y LEVI rechazan que ella sea importante en la mayoría de los intercambios cooperativos, los cuales se gestionan con bastante eficacia incluso cuando aquella no está presente²¹. Así, dicen que la coordinación y la regulación estatal tienen todo el protagonismo, mientras que el papel real de las relaciones de confianza cumple una función secundaria, en especial en las sociedades complejas. Sin embargo, se puede defender la tesis contraria. Si, por ejemplo, partimos del punto de vista de FRIEDRICH y SOUTHWOOD, de lo que ellos llaman el “trust view” de la obligación promisoria, “hacer una promesa implica invitar a otro individuo a confiar en uno para hacer algo”²². De ser correcta esta perspectiva, entonces la cooperación a través de promesas es imposible sin confianza²³.

La confianza interpersonal, como se advierte de lo dicho, tiene un gran valor instrumental dentro de la dinámica de una empresa cooperativa. Pero también se puede decir que hay un aspecto que trasciende esta cuestión: la confianza sería también valiosa en términos morales. En efecto, siguiendo la tesis de MANSBRIDGE, no es extraño pensar, en el desarrollo de las relaciones sociales, en una “confianza altruista”, que abarca todo el espectro de casos en lo que uno deposita un plus de creencia en el otro que va más allá de lo que efectivamente garantizarían las predicciones objetivas²⁴. Se trata de cierto optimismo en el otro, empatía y buenos deseos de beneficiarlo al asumir tal posición. Son, al menos, tres las razones altruistas de tal tipo de confianza: primero, confiar expresa respeto por los demás, en la medida que se los trata como a uno le gustaría ser tratado; segundo, confiar expresa una preocupación positiva por la relación entre uno mismo y los otros; y tercero, la confianza puede servir como modelo para nuestros semejantes, haciéndolos más propensos a confiar en

²⁰ LUHMANN, *Confianza*, p. 154.

²¹ COOK - HARDIN - LEVI, *Cooperation without trust?*, p. 1.

²² FRIEDRICH - SOUTHWOOD, “Promises and trust”, en SHEINMAN, *Promises and agreements: philosophical essays*, p. 275 a 292.

²³ McLEOD, *Trust*, “The Stanford Encyclopedia of Philosophy”, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/trust/>.

²⁴ MANSBRIDGE, “Altruistic trust”, en WARREN, *Trust and democracy*, p. 291 a 292.

circunstancias similares. En suma, semejante tinte moral muestra que la confianza es algo digno de aprobación y reconocimiento, siempre que, por supuesto, los fines a los que se dirige no sean moralmente repudiables.

En lo que respecta a la confianza en las instituciones del Estado y su relación con la obligación política, basta aquí con destacar que ella garantiza la integridad, la estabilidad y el valor de las instituciones, potencia el compromiso cívico y le facilita al orden jurídico su tarea de regular la conducta, incluso con menos necesidad de recurrir a la coerción²⁵. Ciertamente, el sistema de normas jurídicas y las autoridades se benefician cuando los propios ciudadanos expresan un fuerte grado de adherencia a sus disposiciones al punto tal que son ellos mismos quienes se regulan. No ser capaz, desde el lado institucional, de aprovechar esta actitud ciudadana disminuye la posibilidad de que la regulación normativa sea eficaz. La confianza, en este nivel, constituye un capital social, jurídico y político –en el sentido de propio de la comunidad política– que facilita el desarrollo de una sociedad eunómica (bien administrada y ordenada) en la que, por un lado, cada uno de los ciudadanos pueda llevar a cabo su plan de vida en un contexto jurídico-político ordenado, seguro y previsible, y, por el otro, se apoye la democracia y el desempeño gubernamental responsable²⁶. Estas afirmaciones, vale aclarar, son sostenibles siempre que las instituciones funcionen adecuadamente, con transparencia y responsabilidad. Dado que son personas las que están a su cargo y a veces sucede que ellas se manejan con impericia o satisfaciendo sus propios intereses, se termina depreciando el valor de las instituciones mismas a los ojos de los ciudadanos. La credibilidad de ellas está atada, muchas veces, al actuar individual.

§ 3. **CONFIANZA, RECIPROCIDAD Y (DES)OBEDIENCIA GENERALIZADA**

Si lo desarrollado con anterioridad es correcto, entonces se puede afirmar que la insatisfacción de las expectativas justificadas, que en relación con el cumplimiento de la ley, los miembros del Estado esperan de los demás o de las instituciones político-jurídicas, afecta negativamente las relaciones cívicas ciudadano-ciudadano y ciudadano-Estado. Dentro de la empresa cooperativa, ello impacta sin

²⁵ FUKUYAMA, *Trust: the social virtues and the creation of prosperity*, p. 27.

²⁶ PUTNAM, *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*, *passim*.

duda en el respeto que se le debe a la ley en especial y al derecho en general. En efecto, si vemos que una buena parte de los ciudadanos no cumple con las normas jurídicas, y que quienes integran las instituciones tampoco lo hacen o que la institución tampoco cumple con su finalidad, se puede llegar a un estado de desconfianza que hace que se pierda el sentido de someterse uno mismo a las reglas. La desobediencia al derecho tiene la capacidad de alimentar fuertemente la desconfianza, la cual a su vez impacta en la calidad y los niveles de obediencia de una comunidad. Obediencia y confianza, pues, se retroalimentan mutuamente.

Siempre dentro de los Estados hay cierto grado de desconfianza hacia los demás miembros o las instituciones. No existe una sociedad compuesta de ángeles –como aquella que pensaba RAZ–²⁷ en la que cada uno de ellos expresa una confianza ciega y plena acerca del comportamiento de sus miembros y la actuación de las instituciones que ordenan la convivencia. En la vida real, la posibilidad de que las expectativas se vean frustradas siempre está presente y, de hecho, se materializa con cierta frecuencia. El problema es cuando ello escala a niveles altos, pues puede instaurar un estado de anomia, esto es, de abuso y desobediencia marcada. Ello tiene un efecto negativo en, al menos, dos direcciones. En primer lugar, y en términos horizontales de ciudadano a ciudadano, horada la reciprocidad. Esta es, de acuerdo con BECKER, una virtud (social) según la cual los hombres están obligados, por una cuestión moral, a devolver en la misma proporción los bienes que han recibido por el esfuerzo de otros y a reparar los daños que le han ocasionado a los demás²⁸. En casi la mayoría de las instituciones sociales (como, por ejemplo, la amistad), económicas (el mercado), jurídicas (una sociedad civil) o incluso políticas (el Estado) la reciprocidad juega, de algún modo u otro, un rol central. De hecho, no resulta exagerado afirmar que en las relaciones intersubjetivas su ausencia es algo un tanto extraño, y que no sería posible sin ella mantener un esquema de cooperación en el tiempo.

En segundo lugar, y en términos verticales de ciudadano a Estado, la desobediencia puede depreciar tanto el valor de las instituciones que incluso compromete la razón misma de la empresa estatal. Sin duda, como decía RUSSELL, el respeto a la ley “es una condición indis-

²⁷ RAZ, *Practical reason and norms*, p. 159.

²⁸ BECKER, *Reciprocity*, p. 3.

pensable para la existencia de cualquier orden social”²⁹. No es de extrañar que, si se teme aquel desenlace negativo, se buscará hacer todo lo posible para mantener una estricta obediencia, casi absoluta. La obediencia generalizada mantiene la confianza en el derecho. Un sistema de normas al que se lo respeta y se confía es un ordenamiento al que se lo reconoce como tal y se apuesta a él. El valor de una estricta obediencia como garantía de conservación del Estado, desde una perspectiva filosófica, ha sido un tema tratado, entre muchos otros, por PLATÓN y HUME, y en términos contemporáneos desarrollado de un modo más preciso por una variante del utilitarismo: la generalización utilitarista.

En el caso de PLATÓN, el argumento se plantea de forma clara en el *Critón*, cuando a SÓCRATES se le presentan las leyes y la ciudad de Atenas y, frente a la posibilidad de fugarse de prisión, le dicen: “Dime, SÓCRATES, ¿qué tienes en mente hacer? ¿Con esta acción que emprendes, intentas destruirnos a nosotras las leyes y también a toda la ciudad, en lo que a ti te toca? ¿O crees que es posible que subsista todavía y no se destruya aquella ciudad en la cual las sentencias pronunciadas no tengan fuerza, sino que resulten sin autoridad y destruidas por los particulares?”³⁰. Se presenta a la desobediencia como destrucción, como un acto que, si fuera realizado, llevaría a la ruina al Estado y sus leyes. Incluso, si se exagera el sentido de las palabras de SÓCRATES³¹, se puede pensar que hay una defensa del deber de obedecer al derecho como un deber incondicionado o absoluto: en tal caso, no habría justificación moral alguna que justifique la desobediencia de las leyes en ninguna circunstancia. Esto significa que, si ese deber entra en conflicto con otros deberes, nunca se anula porque tiene el mayor peso en el campo de las razones para la acción³². Habría, entonces, en el caso de SÓCRATES una suerte de defensa del llamado “positivismo ideológico” en su versión extrema³³,

²⁹ RUSSELL, *Autoridad e individuo*, p. 108.

³⁰ PLATÓN, *Critón*, ed. griega de ADAM, p. 13.

³¹ Decimos “si se exagera”, pues en el diálogo platónico no surge la tesis de que para Sócrates siempre, sin excepción alguna, se deben obedecer las leyes positivas de Atenas de forma incondicionada. Al respecto, ver WADE, *In defense of Socrates*, “The Review of Metaphysics”, vol. 25, n° 2, p. 311 a 325.

³² Cfr. WASSERSTROM, “The obligation to obey the law”, en EDMUNDSON, *The duty to obey the law*, p. 19.

³³ GUARINONI, “Sócrates, San Pablo y la obediencia al derecho”, en LACLAU, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, p. 338.

esto es, aquella concepción iusfilosófica que entiende que el derecho es, por el solo hecho de existir, un valor positivo y por ello los individuos deben obedecer todas las normas jurídicas³⁴.

El desarrollo de HUME va en un sentido parecido al del diálogo platónico. Son muchas las ocasiones en las que en su majestuosa obra el autor destaca el valor de una sumisión rigurosa al derecho en virtud de los beneficios que se derivan de tal conducta generalizada. Así, cuando caracteriza las virtudes sociales de la justicia y la fidelidad, dice que “son sumamente útiles, o de hecho absolutamente necesarias para el bienestar del ser humano; pero el beneficio que resulta de ellas no es la consecuencia de cada acto individual, sino que surge de todo el esquema o sistema que está de acuerdo con el todo, o la mayor parte de la sociedad”³⁵. Si esto es así, hay un deber de ser justos que se da porque, de no comportarse de esa manera, no habría posibilidad de aprovechar los bienes que se derivan de la ejecución general de la justicia. En este cálculo se tiene en cuenta que, aunque las acciones aisladas no deriven bien alguno, su realización genera consecuencias beneficiosas cuando se vuelve la regla general³⁶. Semejante planteo se complementa con la ferviente defensa que realiza HUME sobre el respeto al gobierno. Así en *A treatise of human nature*, sostiene que el gobierno es una invención humana para el interés de la sociedad y la obediencia que los individuos le deben descanza solo en los beneficios que se derivan de su existencia; y, tras dejar en claro el propósito de dicha institución, afirma que la resistencia “al poder supremo [...] tiende directamente a la destrucción de todo gobierno y a la producción de una anarquía y confusión total en el género humano”³⁷, de modo que “el gobierno es enteramente inútil sin una exacta obediencia”³⁸. En el mismo orden de ideas, en *On the*

³⁴ BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, p. 53.

³⁵ HUME, “Some farther considerations with regard to justice”, en COUNTRY - VALLS, *David Hume on morals, politics, and society*, p. 101 y 102.

³⁶ HARRISON, *Utilitarianism, universalisation, and our duty to be just*, “Proceedings of the Aristotelian Society”, vol. 53, p. 111.

³⁷ HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, p. 462 y 464.

³⁸ Claro que esto no significa que HUME acepta la idea de una obediencia absoluta, pues expresamente dice que la “regla general requiere sumisión, y solo en los casos de gravosa tiranía y opresión la excepción puede tener lugar”. Cfr. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, p. 463. Con respecto a la propuesta de HUME en materia de obediencia al derecho desde una visión utilitarista, ver KLOSKO, *The principle of fairness and political obligation*, p. 137 a 141.

original contract, HUME afirma que la sociedad no puede mantenerse sin la autoridad de los magistrados y que esta no tardaría en ser despreciada si no es rigurosamente obedecida³⁹; de esta forma, hace depender la existencia de la sociedad a la obediencia estricta, garante de la conservación del gobierno⁴⁰.

El argumento de HUME tiene un parecido con la justificación que brinda la generalización utilitarista en materia de obediencia al derecho, ya advertido hace tiempo por HARRISON. Sin embargo, solo hay cierto “aire de familia”, pues no hay dudas de que en el caso de esta variante del utilitarismo se emplea un instrumental conceptual propio de tal propuesta ética normativa que excede el planteo del filósofo escocés. Se parte de un concepto de utilidad (que puede ser la satisfacción de preferencias racionales) y de un principio de utilidad que define la corrección moral de una acción en función de las consecuencias que se derivarían de si todos los individuos llevaran a cabo la misma conducta, y a partir de allí se plantea la pregunta acerca de qué sucedería si tal acción fuese la desobediencia a las leyes del Estado. La respuesta no sería otra que la existencia de un gran caos y desorden institucional. La conducta maximizadora es la obediencia al derecho y, en este sentido, todos los ciudadanos deben comportarse de tal forma, de manera de garantizar la integridad del Estado, conservar su fuerza y asegurar el bienestar social. Con ello, entonces, se ofrecería una justificación bastante aceptable a favor de una estricta obediencia.

Los planteos que ven la desobediencia más mínima o, dicho de otro modo, la falta de una estricta obediencia como situaciones que hacen peligrar la existencia del Estado, son un tanto exagerados. Es obvio que unos pocos actos de desobediencia no alcanzan para producir consecuencias tan catastróficas. En todas las sociedades hay desobediencia y nadie diría que en ellas corre riesgo –siempre que no se llegue a niveles alarmantes– el tejido social y la propia organización política. Tampoco se puede negar que hay situaciones, excepcionales, en las cuales estaríamos dispuestos a decir que la desobediencia al derecho está moralmente justificada, como aquellos actos que se oponen a leyes manifiestamente injustas o que atentan contra la dignidad del hombre con total desprecio. En realidad, son dos los puntos que se quieren marcar con tal clase de argumento. En un

³⁹ Cfr. HUME, “Del contrato original”, en *Ensayos políticos*, p. 95 y 101.

⁴⁰ Cfr. HUME, “Del contrato original”, en *Ensayos políticos*, p. 102.

sentido moral, se busca dar cuenta que hay algunas acciones respecto a las cuales consideramos tener un deber de abstenernos de hacerlas, porque, aunque ellas solas no produzcan consecuencias dañinas, generarían tales consecuencias si su realización se convirtiera en la regla general. En un sentido más retórico, destacar que la conservación del Estado y su fuerza se mantienen en la medida que haya una sumisión generalizada a sus mandatos. Dicho mediante el argumento de la pendiente resbaladiza, no reconocer la importancia de sujetarse a las instituciones estatales y lo que ellas dispongan, sino cuestionarlas, puede llevar, tras fomentar actitudes en la sociedad de ese tipo, a una desvalorización de la obediencia al derecho.

Al respecto, cabe realizar dos consideraciones. En primer lugar, se puede decir que en esa clase de argumentos lo que parece primar es una defensa de la versión moderada del positivismo ideológico, esto es, aquella versión según la cual el derecho es el instrumento para alcanzar valores como la paz, la certeza y el orden social⁴¹. En este caso, el deber de obedecer el derecho no es absoluto, sino que está condicionado, por un lado, a que las leyes sean el medio idóneo para lograr sus propios fines y, por el otro, a que el reconocimiento de los valores garantizados por el derecho no entre en conflicto con otros valores que la moral del individuo considere superiores, como la libertad, la dignidad o la vida, entre otros⁴². Se trata de un homenaje a la ley y a las instituciones, y de reconocerles su valor. En efecto, si se admite que ellas constituyen el camino para alcanzar la armonía social, la obediencia que los individuos les deben debe ser un principio general y corresponderá solo admitir excepciones cuando no logren los fines deseados o colisionen con valores que la sociedad considere superiores.

En segundo lugar, hay una clara defensa a la autoridad del derecho por sobre todas las cosas. En efecto, si la función primordial del sistema jurídico de un Estado es regular las conductas de los individuos que viven en sociedad con el objeto de alcanzar una convivencia pacífica, aquel debe tener autoridad legítima, la cual tiene que reconocerse como tal. Un derecho desobedecido, esto es, *desautorizado*, difícilmente pueda lograr sus fines. La autoridad del derecho, que no es más que un tipo de autoridad delimitada por su objeto, puede ser entendida como el poder de exigir a los ciudadanos la realización de una determinada conducta, sin que estos se nieguen a

⁴¹ Cfr. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, p. 47.

⁴² Cfr. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, p. 47.

hacerlo aun cuando lo puedan hacer⁴³. Al respecto, WOLFF sostiene que reclamar autoridad es reclamar el derecho a ser obedecido: ella puede significar tener ese derecho o tener un reclamo reconocido y aceptado por aquellos a los que va dirigido⁴⁴. RAZ es muy claro al precisar la noción, al explicar que el derecho tiene autoridad cuando la existencia de una norma jurídica que requiere cierta acción constituye una *razón protegida* para llevar a cabo la conducta requerida⁴⁵. Esto significa que una norma es autoritativa si su existencia constituye una razón de primer orden para realizar una acción y al mismo tiempo una razón para excluir cualquier otro tipo de consideraciones en su contra⁴⁶. La autoridad del derecho supone, en definitiva, que sus normas son las razones de la conducta obediente y obedecer, claro está, es hacer aquello que el derecho reclama porque este mismo lo establece⁴⁷. El hecho de que la autoridad se apoye en la obediencia da cuenta de que hay una relación de dependencia entre ambas. Claramente, el derecho requiere obediencia para mantener su autoridad. En caso de que todos los ciudadanos no lo acepten y no se sientan bajo la obligación moral de realizar la conducta obediente, su autoridad se vería gravemente cercenada. No habrá, pues, poder normativo que pueda exigir la realización de conducta alguna.

Queda clara la importancia de la obediencia generalizada al derecho. Esta conserva, por un lado, la confianza general de los ciudadanos en el derecho como instrumento destinado a promover la paz social y, por el otro, y en términos institucionales, preserva la integridad del derecho mismo y su autoridad. Si una gran parte de los miembros del Estado cumple con las reglas fijadas, se mantiene efectivamente un esquema de beneficio mutuo ordenado, en donde, bajo la guía de las leyes y las diversas instituciones jurídicas, cada uno de los miembros pueda llevar a cabo su plan de vida. Una estricta obediencia hace más fuerte al derecho, en el sentido de que goza del apoyo de la comunidad en cuanto su soporte fundamental. Dicho de otro

⁴³ Se toma la definición genérica de Kojève y se la limita al campo jurídico mediante la alusión del Estado y los ciudadanos como sujetos intervinientes de la relación. Cfr. KOJÈVE, *La noción de autoridad*, p. 36.

⁴⁴ WOLFF, *In defense of anarchism*, p. 5.

⁴⁵ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre moral y derecho*, p. 46 y 47.

⁴⁶ Respecto a la autoridad como razones protegidas, ver también RAZ, *The morality of freedom*, p. 38 a 69.

⁴⁷ Cfr. WOLFF, *In defense of anarchism*, p. 9.

modo, la sumisión al derecho es precisamente aquello que lo dota de poder y lo convierte en un instrumento esencial para la subsistencia de la comunidad constituida. Pero, al mismo tiempo, un derecho robusto fortalece a la comunidad, y la mantiene alejada del caos y la violencia. Hay, pues, un movimiento de ida y vuelta entre la comunidad, que practica la obediencia, y el derecho, que se fortalece gracias ella: no solo sucede que el derecho tiene poder en razón del apoyo de la comunidad, sino que esta es fuerte en razón de un derecho al que se lo respeta. El poder, por cierto, circula entre ambos extremos en un ir y venir: el derecho sin el poder que le confiere la comunidad es un instrumento inútil, y la comunidad sin el poder que gana del derecho es una asociación humana raquítica condenada al fracaso o muy vulnerable.

§ 4. **UNA EMPRESA COOPERATIVA CONFIABLE**

Todo lo desarrollado hasta aquí nos permite apoyar la afirmación de que el orden jurídico mediante sus instituciones no debe meramente crear incentivos adecuados que promuevan la cooperación mediante sanciones (negativas o positivas), sino que debe lograr confianza, de manera tal de que sobre sus participantes se crea que vale la pena seguir las reglas y que la empresa cooperativa es digna de ser sostenida en el tiempo. Sin duda, el grado de confianza que tengan los individuos sobre los demás y también sobre las instituciones jurídico-políticas determina la calidad del desarrollo de la vida social e institucional. Claro, esto es una cuestión muy compleja que excede en parte lo jurídico. Que los ciudadanos tengan confianza sobre la empresa cooperativa estatal es una cuestión muy subjetiva. Además, son múltiples los factores que intervienen en la formación de tal creencia. Sin embargo, más allá de este aspecto, lo cierto es que hay un costado objetivo que, desde el lado del derecho, en cuanto sistema de normas jurídicas que se imponen sobre los ciudadanos, y desde la propia institución del Estado, se puede promover con el fin de generar y afianzar aquel valor. Son en particular cuatro los factores o condiciones que nos interesa destacar aquí. Las primeras tres serán brevemente desarrolladas, sin entrar en sus detalles. Solo sobre la última prestaremos un poco más atención, pero aun así será un desarrollo un tanto modesto cuya extensión se justifica en no querer entrar en temas más propios de teoría política y en mantenernos, pues, dentro de los márgenes de la pregunta por la obligación política, que es una cuestión de filosofía político-jurídica.

En primer lugar, sabemos ya por lo expuesto en las secciones anteriores que la obediencia generalizada promueve la confianza en un esquema cooperativo. En efecto, de acuerdo con el principio de reciprocidad, que es la base de la teoría del *fair play*, cuando un individuo percibe que los demás cooperan o se someten a las leyes, tiende a comportarse de este modo. El cumplimiento continuo de los deberes asegura que la desobediencia no sea lo suficientemente tentadora con relación a la futura evolución de la interacción social⁴⁸. Esto garantiza, en cierta medida, la estabilidad de la cooperación y el cumplimiento de las cargas que cada ciudadano tiene dentro de la empresa cooperativa estatal.

En segundo lugar, es importante que exista, por un lado, consistencia en el plano legislativo y, por el otro, que las decisiones judiciales mantengan una cadena narrativa coherente y previsible. Un derecho que satisfaga con cierta suficiencia estos dos requisitos es un derecho que permite previsibilidad y, como tal, conserva la confianza en él. En un Estado en el que hay una innumerable cantidad de leyes, incluso algunas contradictorias entre sí, reina la incertidumbre. Asimismo, si los órganos de aplicación de las leyes no mantienen criterios uniformes o no se sigue una práctica común ordenada, la situación se vuelve como una suerte de catedral –tomando prestada una famosa metáfora de NINO–⁴⁹, cuya construcción se modela simultáneamente desde distintos diseños arquitectónicos y diferentes materiales, sin guardar algún tipo de relación: una obra que claramente va en contra de los cánones estéticos. El problema que queremos destacar, para decirlo de manera más directa, es que con el desorden, la incertidumbre y la falta de seguridad jurídica es muy difícil mantener un esquema de cooperación en el que sus participantes sepan cómo se deben conducir.

En tercer término, y relacionado con lo anterior, incide sobre la confianza el comportamiento de quienes llevan adelante las diversas instituciones estatales más allá de los órganos de elaboración y de aplicación de leyes: nos referimos al Poder Ejecutivo y los operadores gubernamentales. Su actuación por completo tiene que ser transparente, estar sujeta a mecanismos de producción y difusión de la información, y sometida al control de la ciuda-

⁴⁸ Sobre este punto en particular, ver AXELROD, *La evolución de la cooperación*, p. 127 y 128.

⁴⁹ NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, p. 51.

danía⁵⁰. Asimismo, debe estar dirigida a lograr el bienestar individual y general y, por supuesto, ajustarse a las exigencias del *rule of law*. Con esto, se cierra el espectro de la acción de los tres poderes del Estado. Pero cabe agregar un cuarto factor clave en la construcción de la confianza dentro de las democracias actuales, que es transversal a los demás factores: la participación ciudadana y la deliberación. Creemos que, a este respecto, adoptar las bases de una democracia deliberativa ofrece un punto de apoyo sólido. Siguiendo a ELSER, ella es un modelo que, por un lado, "incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes" (de ahí lo democrático) y, por el otro, se basa en "la toma de decisiones por medio de argumentos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad" (de ahí su carácter deliberativo)⁵¹.

En cuanto al aspecto democrático, es muy importante que en la empresa cooperativa estatal se garantice que los ciudadanos puedan participar activamente en la vida política sin que haya ningún impedimento fáctico ni normativo para ello. En términos normativo-legales se trata de dar cumplimiento a la satisfacción y realización de un derecho humano esencial consagrado en el sistema universal de derechos humanos (art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) como en el regional (art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969), que dice: "*todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*". Por supuesto, dichos instrumentos internacionales de derechos humanos están incorporados al bloque constitucional por medio del art. 75, inc. 22, de la Const. nacional.

HABERMAS sostenía que las decisiones políticas, el ejercicio del poder público y las leyes son solo legítimas, y pueden tener tal reconocimiento, siempre y cuando se adoptaren mediante un procedimiento democrático de deliberación en el que las personas posible-

⁵⁰ Cfr. NINO, "El derecho a recibir información pública –y su creciente trascendencia– como derecho individual y de incidencia colectiva", en GARGARELLA, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, *passim*.

⁵¹ ELSER, *La democracia deliberativa*, p. 21.

mente afectadas podrían dar su asentimiento⁵². Está claro que en los Estados actuales, sumamente complejos, no es posible que todos los ciudadanos se unan y participen de modo directo en todas las instancias de toma de decisión (de ahí la necesidad del parlamento y de los representantes en el gobierno). La representación, como decía NINO, es “un mal necesario”⁵³. Sin embargo, el planteo es abogar por más procedimientos de intervención y participación popular, que hagan posible o nos acerquen a una democracia directa siempre que se pueda. Con miras a ello, no solo hay que limitarse al voto, sino reconocer que a tal fin sirve una amplia gama de instituciones que van desde mecanismo o procedimientos formales a vías de participación informales que, si bien no se estructuran como organismos decisorios, influyen en las decisiones del Estado. En lo que respecta a la intervención de la ciudadanía en las grandes estructuras de poder, nuestra propia Constitución, tras la reforma de 1994, incluyó “formas semidirectas de democracia”, que son mecanismos complementarios a nuestro sistema representativo de gobierno y le asignan una participación inmediata al pueblo en la formulación de ciertos actos gubernamentales y la elaboración de la voluntad estatal⁵⁴. Así, se estableció, por un lado, la iniciativa legislativa popular (art. 39) y, por el otro, la consulta popular (art. 40), la cual puede adoptar la forma de un referéndum o un plebiscito dependiendo del tipo de acto sobre el que la ciudadanía se pronuncia⁵⁵. Lamentablemente, estos nuevos institutos poco o nada se han puesto en práctica, lo que muestra que solo han quedado en un mero cambio de la letra de la Constitución⁵⁶. El ideal de una mayor participación no puede quedar en una mera expresión de buenos deseos o intenciones si se quiere diagramar una genuina empresa cooperativa, en la que todos sean reconocidos como actores, y no meros espectadores.

Pero con la apertura de mayores instancias de participación no se garantiza, visto desde el contenido (no la pura forma), la fortaleza de las prácticas democráticas, muchas de las cuales pueden caer en

⁵² Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 169 y 172.

⁵³ NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, p. 205.

⁵⁴ Cfr. BADENI, *Instituciones de derecho constitucional*, p. 115; BIDART CAMPOS, *Manual de la constitución reformada*, p. 271; DALLA VÍA, *Manual de derecho constitucional*, p. 284 y 285.

⁵⁵ Cfr. DALLA VÍA, *Manual de derecho constitucional*, p. 285.

⁵⁶ Cfr. GARGARELLA, “Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional”, en GARGARELLA, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, p. 528.

un estado de parálisis en la construcción de las decisiones. Es por eso que, desde el aspecto deliberativo, se requiere la fuerza de la deliberación para que empuje dentro de las estructuras institucionales al propio sistema, dotándolo de vida. Son muchos los mecanismos de deliberación que pueden servir a tales fines. TULIS, por ejemplo, identifica muchos de ellos, junto con aquellos especialistas que se dedicaron a su estudio en particular: el Congreso (MUIR y BESSETTE) o las convenciones constitucionales (ELSTER), las deliberaciones en el pueblo en general que se manifiestan por medio de encuestas de opiniones (FISHKIN), el jurado de ciudadanos, los grupos intermedios, las organizaciones y los movimientos (como los designados como “democracia media” por GUTMANN y THOMPSON), los plebiscitos nacionales (ACKERMAN y FISHKIN), los medios de comunicación (PAGE) o la “charla cotidiana” (MANSBRIDGE)⁵⁷.

Lo que importa destacar de todo esto es que en una genuina empresa cooperativa –una en la que sus participantes no sean excluidos o se los coloque en un rol secundario–, la optimización de la participación y la deliberación, ambos “derecho de derechos” dicho en términos de WALDRON,⁵⁸ resulta vital. Solo quienes tengan a su alcance la posibilidad de participar o influir en el proceso de elaboración de la voluntad política, tras un proceso de deliberación en el que se reconocen como participantes de un mismo proyecto, apostarán y creerán en la autoridad del derecho y la harán efectiva. Con mecanismos que permitan que los individuos, ya sea directa o indirectamente, intervengan en la construcción de la empresa común estatal, modifiquen, mantengan y afiancen las instituciones, se logra una “democracia viva”⁵⁹ y se genera el ambiente necesario para que emerja un compromiso ciudadano sólido. Tan relevante es este aspecto que, por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por res. 55/96, exhortó a los Estados a promover y consolidar la democracia mediante: “la mayor participación posible, de los individuos en la adopción de decisiones y el desarrollo de instituciones competentes y públicas”; “la creación, el fomento y el mantenimiento de un sistema electoral que permita la expresión libre y fiel de la voluntad del pueblo mediante elecciones genuinas y periódicas”; y “la creación y la mejora del mar-

⁵⁷ Cfr. TULIS, “Deliberation between institutions”, en FISHKIN - LASLETT, *Debating deliberative democracy*, p. 200.

⁵⁸ Cfr. WALDRON, *Law and disagreement*, p. 232 a 254.

⁵⁹ Cfr. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, p. 317.

co jurídico y los mecanismos necesarios para la participación amplia de todos los miembros de la sociedad civil en la promoción y la consolidación de la democracia”. Naturalmente, esa participación debe darse también en una instancia de control y crítica al desempeño de las instituciones democráticas en relación con su desempeño. En tal sentido, LAFONT sostiene que la democracia deliberativa requiere de un “compromiso de contestabilidad (*commitment to contestability*), es decir, la posibilidad permanente de una efectiva crítica respecto de las decisiones colectivas” y –agrega– que tal compromiso “sirve como objetivo epistémico para asegurar la revisión razonada”.⁶⁰

Sin duda, con miras a fortalecer la confianza hacia las instituciones estatales y consolidar la creencia en ellas, los espacios de participación, deliberación y control ciudadano son muy relevantes, pues inciden directamente en la fuerza de la elaboración y ejecución de los proyectos políticos, en la diagramación de leyes, en la justicia, en la administración eficaz del gobierno, en la supervisión de las agencias públicas, en el mantenimiento de un alto nivel de transparencia y rendición de cuentas, en el cumplimiento de las normas y el respeto a la autoridad. Ellos constituyen los vehículos por los cuales se garantiza que las expresiones de los ciudadanos sean tomadas en cuenta bajo un espacio de intercambio de opiniones. Su función es integrar la multitud de intereses, valores y creencias de la comunidad política en los proyectos políticos y generar posibles acuerdos racionales entre los propios participantes sin ninguna otra mediación, de forma tal de robustecer de democracia y achicar la brecha entre gobernados y gobernantes. Solo así se lleva a cabo un reconocimiento efectivo de que todos los ciudadanos están capacitados moral y epistémicamente para intervenir en la toma y deliberación de las decisiones.

La injerencia de los ciudadanos en la construcción del Estado adquiere un papel clave en el reconocimiento de la autoridad de las leyes. La razón de ello es clara: siempre la ciudadanía es la fuente última de la autoridad política y su legitimidad. Entonces, la consolidación de la fuerza de las leyes será más efectiva cuanto mayor sea la intervención de los participantes en la elaboración y adopción de las decisiones. Más aún, es una exigencia que emerge de la sociedad contemporánea y que en las últimas décadas ha crecido notablemente en

⁶⁰ Cfr. LAFONT, “Is the ideal of a deliberative democracy coherent?”, en BESSON - MARTI, *Deliberative democracy and its discontents*, p. 21 y 22.

muchos países⁶¹. Se trata de que los ciudadanos tomen parte en la vida política y se inmiscuyan en los problemas considerándolos como algo propio que requiere su intervención. Claro que participar no solo supone una acción directa y efectiva, sino que implica también interesarse en lo que ocurre en la comunidad con la posibilidad de cambio y construcción. Ello solo es posible hacerlo en relación con los demás. El hombre aislado no participa, ya que necesita del otro en los campos de deliberación pública. El ensimismamiento absoluto lleva a perder la condición humana: el hombre es todo entre todos y sin nadie es nada. En este sentido, cuantos mayores espacios de participación y de circulación de la palabra existan a la hora de tomar las decisiones, estas tendrán mayor fuerza y legitimidad, y las relaciones ciudadanas se consolidarán en el entramado social: así, tomar parte en la conformación de las instituciones y contribuir en la elaboración de la voluntad política es esencial para que se den las condiciones mediante las cuales se genere una empresa cooperativa signada por la confianza y en la que los individuos practiquen la obediencia.

§ 5. **CONCLUSIONES**

El derecho, en cuanto mecanismo tendiente a promover la coordinación de la conducta humana y la resolución de conflictos entre particulares, involucra un conglomerado de valores, principios, reglas y, dicho de forma más general, instituciones que permiten precisamente alcanzar tal fin. Hablar de la práctica del derecho es hablar de un fenómeno complejo: una suerte de matriz compuesta y atravesada por diversos elementos ordenados que, además de ser de una naturaleza estrictamente jurídica, tienen un contenido moral y social. En este sentido, hemos intentado mostrar, en estas páginas, que uno de tales componentes, muy importante, por cierto, es la confianza y que precisamente ella constituye un soporte básico del buen desarrollo de un esquema cooperativo como el Estado, en donde la regla sea la obediencia al derecho y el respeto por la autoridad de las instituciones.

En efecto, si se entiende que la vida social e institucional de los ciudadanos se desarrolla en el contexto de un esquema de coopera-

⁶¹ Al respecto, ver CHAMORRO ROSERO, *Participación ciudadana en América del Sur: institucionalidad y acciones ciudadanas tras la dictadura en Argentina y Brasil*, "Revista CES Derecho", vol. 7, n° 1, p. 27 a 38.

ción mutuamente ventajoso, y que la reciprocidad forma parte de la estructura axiológica básica de tal esquema cooperativo, se puede decir que la confianza se erige como un capital jurídico-social valioso que permite su buen funcionamiento y que aquellos que se benefician del esfuerzo de los demás y de los diferentes servicios brindados por el Estado tengan mayores razones de cumplir efectivamente con su deber de hacer su parte (argumento del *fair play*). Mantener una empresa cooperativa confiable, pues, es una garantía del buen orden y, en cuanto tal, constituye una exigencia fundamental que debe preservar, y conservar, una sociedad eunómica. Tal es así que, por ejemplo, LARENZ decía que “una coexistencia pacífica de los hombres bajo leyes jurídicas que aseguren a cada uno ‘lo suyo’ solo es posible cuando queda garantizada la confianza indispensable. Un abuso total y bajo todos los aspectos conduce a la eliminación total bajo todos los aspectos o al dominio de los más fuertes, es decir, a lo contrario de un estado jurídico. Posibilitar la confianza y proteger la confianza justificada es, por ello, uno de los preceptos fundamentales que debe cumplir el orden jurídico”⁶². Nuestro trabajo intenta, en definitiva, dar cuenta del peso y la corrección de una afirmación de este tipo en materia de obediencia al derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AXELROD, R., *La evolución de la cooperación*, Madrid, Alianza, 1986.
- BADENI, GREGORIO, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- BAIER, A., *Trust and antitrust*, “Ethics”, vol. 96, n° 2, 1986, p. 231 a 260.
- BECKER, L., *Reciprocity*, Londres, Routledge, 1986.
- BERAN, H., *In defense of the consent theory of political obligation and authority*, “Ethics”, vol. 87, n° 3, 1977, p. 260 a 271.
- BESSON, S. -MARTI, J. L. (eds.), *Deliberative democracy and its discontents*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965.
- CHAMORRO ROSERO, M., *Participación ciudadana en América del Sur: institucionalidad y acciones ciudadanas tras la dictadura en Argentina y Brasil*, “Revista CES Derecho”, vol. 7, n° 1, 2016, p. 27 a 38.

⁶² LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 468.

- COOK, K. - HARDIN, R. - LEVI, M., *Cooperation without trust?*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2005.
- COVENTRY, A. - VALLS, A. (eds.), *David Hume on morals, politics, and society*, New Haven, Yale University Press, 2018 (1ª ed. 1748).
- DALLA VÍA, ALBERTO, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011.
- EDMUNDSON, W. A. (ed.), *The duty to obey the law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.
- ELSTER, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- FESTENSTEIN, M., *Political trust, commitment and responsiveness*, “Political Studies”, vol. 68, n° 2, 2020, p. 446 a 462.
- FISHKIN, J. - LASLETT, P. (eds.), *Debating deliberative democracy*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2003.
- FRIEDRICH, D. - SOUTHWOOD, N., “Promises and trust”, en SHEINMAN, H. (ed.), *Promises and agreements: philosophical essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 275 a 292.
- FUKUYAMA, F., *Trust: the social virtues and the creation of prosperity*, Nueva York, The Free Press, 1995.
- GAMBETTA, D., “Can we trust?”, en GAMBETTA, D. (ed.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Nueva York, Basil Blackwell, 1988.
- GAMBETTA, D. (ed.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Nueva York, Basil Blackwell, 1988.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional”, en GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010.
- GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010.
- GILBERT, M., *A theory of political obligation: membership, commitment, and the bonds of society*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GUARINONI, R. V., “Sócrates, San Pablo y la obediencia al derecho”, en LACLAU, M. (dir.), *Anuario de filosofía jurídica y social*, n° 28, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010.
- HARDIN, R., *Trust and trustworthiness*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2002.
- HARRISON, J., *Utilitarianism, universalisation, and our duty to be just*, “Proceedings of the Aristotelian Society”, vol. 53, 1952-1953, p. 105 a 134.
- HART, H. L. A., *Are there any natural rights?*, “Philosophical Review”, vol. 64, n° 2, 1955, p. 175 a 191.
- HAWLEY, K., *Trust, distrust and commitment*, “Nous”, vol. 48, n° 1, 2014, p. 1 a 20.
- HORTON, J. P., *Political obligation*, Basingstoke, Pelgrave Macmillan, 2010.
- HUME, DAVID, “Del contrato original”, en *Ensayos políticos*, Buenos Aires, Claridad, 2011 (1ª ed. 1748).
- *Ensayos políticos*, Buenos Aires, Claridad, 2011 (1ª ed. 1748).
- “Some farther considerations with regard to justice”, en COVENTRY, A. - VALLS, A. (eds.), *David Hume on morals, politics, and society*, New Haven, Yale University Press, 2018 (1ª ed. 1748).

- *Tratado de la naturaleza humana*, México, Editorial Porrúa, 2005 (1ª ed. 1740).
- KLOSKO, G., *Political obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- “Presumptive benefit, fairness, and political obligation”, en EDMUNDSON, W. A. (ed.), *The duty to obey the law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.
- *The principle of fairness and political obligation*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2004.
- KOJÈVE, A., *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2006.
- LACLAU, M. (dir.), *Anuario de filosofía jurídica y social*, n° 28, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- LAFONT, C., “Is the ideal of a deliberative democracy coherent?”, en BESSON, S. -MARTI, J. L. (eds.), *Deliberative democracy and its discontents*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.
- LUHMANN, N., *Confianza*, Barcelona, Anthropos, 1996.
- MANSBRIDGE, J., “Altruistic Trust”, en WARREN, M. (ed.), *Trust and democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- MCLEOD, C., *Trust*, “The Stanford Encyclopedia of Philosophy”, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/trust/>.
- NINO, CARLOS, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NINO, E., “El derecho a recibir información pública –y su creciente trascendencia– como derecho individual y de incidencia colectiva”, en GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- PLAMENATZ, J. P., *Consent, freedom and political obligation*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- PLATÓN, *Critón*, ed. griega de J. ADAM, Cambridge: University Press, 1984.
- PUTNAM, R., *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1993.
- RAWLS, J., “Legal obligation and the duty of fair play”, en FREEMAN, S. (ed.), *Collected papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre moral y derecho*, México, UNAM, 1982.
- *Practical reason and norms*, Londres, Hutchinson, 1975.
- *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial, 2009.
- RUSSELL, B., *Autoridad e individuo*, México, FCE, 2005 (1ª ed. 1949).
- SIMMONS, J. A., *Moral principles and political obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- SIMMONS, J. A., *Tacit consent and political obligation*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 5, n° 3, 1976, p. 274 a 291.
- TULIS, J., “Deliberation between institutions”, en FISHKIN, J. - LASLETT, P. (eds.), *Debating deliberative democracy*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2003.

- WADE, F. C., *In defense of Socrates*, “The Review of Metaphysics”, vol. 25, nº 2, 1971, p. 311 a 325.
- WALDRON, J., *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WASSERSTROM, R. A., “The obligation to obey the law”, en EDMUNDSON, W. A. (ed.), *The duty to obey the law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.
- WOLFF, R. P., *In defense of anarchism*, Berkeley, University of California, 1998 (1ª ed. 1971).

A 75 AÑOS DE NÚREMBERG: UNA CRÍTICA SOBRE LA JUSTICIA EN ALEMANIA*

VALERIA VEGH WEIS**

Resumen. Prestando especial atención a la zona de ocupación estadounidense y a Alemania Occidental, el artículo explorará los 75 años de esfuerzos de rendición de cuentas en Alemania desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Los juicios de Núremberg se consideran un punto de inflexión en la historia de la rendición de cuentas por crímenes masivos y un hito en la justicia penal internacional. Volver a este proceso pionero después de décadas supone una oportunidad para introducir un análisis renovado de estos acontecimientos. En ese sentido, este artículo arroja luz sobre las limitaciones de estas iniciativas de rendición de cuentas –incluyendo el no reconocimiento de la centralidad del exterminio judío, el rechazo de los testimonios de los supervivientes y su revictimización, las definiciones legales inapropiadas y los desafiantes estándares probatorios–, todo lo cual enfatizó las prioridades de la *realpolitik* de arriba hacia abajo por encima de una mayor rendición de cuentas. Además, en este artículo se argumenta que cualquier logro derivado de este proceso puede estar más relacionado con las iniciativas *impulsadas por las víctimas* que con el alabado compromiso de los gobernantes.

Palabras clave: justicia, crímenes masivos, responsabilidad penal.

* Recepción: 13/2/2022; evaluación: 20/2/2022; aceptación: 30/4/2022.

** Profesora de Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Quilmes. Investigadora Posdoctoral de Konstanz Universität e Investigadora Asociada del Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory (Alemania). Correo electrónico: valeriaveghweis@derecho.uba.ar

75 YEARS AFTER NUREMBERG: A CRITICISM OF JUSTICE IN GERMANY

Abstract. Paying special attention to the US occupation zone and West Germany, the article will explore the 75 years of accountability efforts in Germany since the end of World War II. The Nuremberg Trials are considered a turning point in the history of accountability for mass crimes and a milestone in international criminal justice. Returning to this pioneering process after decades presents an opportunity to introduce a renewed analysis of these events. In that sense, this article sheds light on the limitations of these accountability initiatives –including the failure to recognize the centrality of Jewish extermination, the rejection of survivor testimonies and their re-victimization, inappropriate legal definitions and challenging standards evidence– all of which emphasized top-down realpolitik priorities over greater accountability. In addition, this article argues that any achievement derived from this process may be more related to the initiatives promoted by the victims than to the praised commitment of the rulers.

Keywords: justice, mass crimes, criminal accountability.

75 ANOS DEPOIS DE NUREMBERG: UMA CRÍTICA À JUSTIÇA NA ALEMANHA

Resumo. Prestando atenção especial à zona de ocupação dos EUA e à Alemanha Ocidental, o artigo explorará os 75 anos de esforços de responsabilização na Alemanha desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Os Julgamentos de Nuremberg são considerados um ponto de virada na história da responsabilização por crimes em massa e um marco na justiça criminal internacional. Retornar a esse pioneirismo após décadas apresenta uma oportunidade para introduzir uma análise renovada desses eventos. Nesse sentido, este artigo lança luz sobre as limitações dessas iniciativas de responsabilização –incluindo a falha em reconhecer a centralidade do extermínio de judeus, a rejeição de testemunhos de sobreviventes e sua revitimização, definições legais inadequadas e padrões desafiadores– todas as quais enfatizou as prioridades da realpolitik de cima para baixo em detrimento de uma maior responsabilidade.

Além disso, este artigo defende que qualquer conquista derivada desse processo pode estar mais relacionada às iniciativas promovidas pelas vítimas do que ao louvado empenho dos governantes.

Palavras-chave: justiça, crimes em massa, responsabilidade criminal.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Los juicios de Núremberg se consideran un punto de inflexión en la historia de la rendición de cuentas por crímenes masivos y un hito en el derecho internacional y la justicia transicional. Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo pudo ser testigo de cómo los criminales de más alto rango del régimen nazi rindieron cuentas, y de cómo esos esfuerzos continuaron en el tiempo. Sin embargo, el 75th aniversario de los juicios de Núremberg también ofrece la oportunidad de analizar las deficiencias de este proceso de rendición de cuentas. En ese sentido, este artículo arroja luz sobre las limitaciones de estas iniciativas de rendición de cuentas –incluyendo el no reconocimiento de la centralidad del exterminio judío, el rechazo de los testimonios de los supervivientes y su revictimización, las definiciones legales inapropiadas y los desafiantes estándares probatorios–, todo lo cual enfatizó las prioridades de la *realpolitik* de arriba hacia abajo por encima de una mayor rendición de cuentas. Además, este artículo argumenta que cualquier logro derivado de este proceso puede estar más relacionado con las iniciativas *impulsadas por las víctimas* que con el tan elogiado compromiso de los gobernantes³.

§ 2. **EL JUICIO DE NÚREMBERG**

Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, los aliados procedieron a dividir a los perpetradores en dos categorías: la gran mayoría de los implicados en el régimen nazi fueron entregados a los países donde se habían cometido los crímenes (independientemente de las oportunidades disponibles para rendir cuentas). Simultáneamente, un tribunal internacional, el llamado Tribunal Militar Internacional (TMI), llevó a veinticuatro grandes criminales de guerra ante

³ VEGH, *La relevancia de las organizaciones de víctimas en el proceso de justicia transicional: el caso de las Abuelas de Plaza de Mayo en Argentina*, "Revista Jurídica Intercultural de Derechos Humanos", nº 60, p. 1 a 70.

la justicia y designó a varias instituciones alemanas como organizaciones criminales: el gobierno, la dirección del Partido Nazi, las SS, la Gestapo, el Destacamento de Asalto y el Estado Mayor y el Mando Supremo de la Wehrmacht⁴. No se incluyeron la Policía de Orden y la Policía Judicial. Por razones simbólicas compatibles con sus objetivos de *realpolitik*, el IMT se estableció el 20 de noviembre de 1945 en Núremberg –la ciudad de los mítines del Partido Nazi y de las leyes raciales–, que ahora iba a ser purificada de su pasado y reconvertida funcionalmente en un lugar de justicia internacional que sigue atrayendo a estudiosos, expertos y visitantes en la actualidad.

Los aliados también consiguieron desarrollar rápidamente las normas de procedimiento y establecer los delitos penales en un nuevo documento legal, la Carta del TMI. Sus innovaciones incluían la inauguración del nuevo tribunal, el nombramiento de jueces y fiscales aliados y la definición de cuatro delitos penales: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, conspiración para cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y crímenes contra la humanidad⁵.

Los fiscales británicos y estadounidenses dieron prioridad a la acusación de conspiración, argumentando que la pertenencia a una organización criminal podía considerarse, en sí misma, un delito penal⁶. Sin embargo, el problema era que “el delito de conspiración [...] forzaba la interpretación engañosa de que el régimen era el resultado de una terrible banda criminal que se hizo con el poder, cuando el gobierno nazi era un gobierno legal que llegó al poder a través de elecciones y se enmarcaba dentro de las normas legales⁷. Siguiendo la misma lógica, la principal acusación se centró en la realización de la guerra de agresión con un enfoque en los niveles superiores de la dirección militar, siguiendo la escuela “intencionalista” que interpretó la política nazi como dominada por Hitler y que, por lo tanto, atribuyó la responsabilidad de las atrocidades en tiempo de guerra a la cúpula nazi⁸.

⁴ ROMEIKE, *Transitional justice in Germany after 1945 and after 1990*, www.nurembergacademy.org

⁵ MOSES, “Raphael Lemkin, la cultura y el concepto de genocidio”, en BLOXHAM - MOSES (eds.) *The Oxford handbook of genocide studies*, p. 19 a 41.

⁶ CZISNIK, *The contribution of Claus Roxin's notion of indirect perpetration by means of organized power structures to the conceptualization of National Socialist Crimes*, “*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*”, p. 318 a 325

⁷ MORRISON, *Criminología, civilización y el nuevo orden mundial*.

⁸ TEITEL, *Transitional justice*.

A su vez, el cargo de crímenes de lesa humanidad representaba la acusación mejor posicionada para ampliar la rendición de cuentas para incluir a un mayor número de perpetradores, al tiempo que reconocía los crímenes más allá de la propia guerra. Sin embargo, su inclusión en el proceso no fue ni mucho menos sencilla; solo se incorporó en gran parte gracias a los esfuerzos de Hersh Lauterpacht, un abogado judío del Imperio Austrohúngaro que consiguió escapar a Estados Unidos después de que su familia fuera asesinada por los nazis en Polonia. Incluso “*The Times*” consideró digno de mención que los representantes británicos del juicio se vieran “fuertemente reforzados por el profesor Lauterpacht, de la Universidad de Cambridge”, describiéndolo como “una eminente autoridad en derecho internacional”. Los argumentos jurídicos del discurso del fiscal general británico Hartley Shawcross ocupaban quince páginas impresas, doce de las cuales fueron escritas por Lauterpacht. El discurso abarcaba las ideas de la responsabilidad individual y la colocación de los “derechos humanos fundamentales” y los “deberes humanos fundamentales” en el centro de un nuevo sistema internacional⁹. Lauterpacht creía que el juicio no tenía que ver con la venganza, sino con la impartición de justicia de acuerdo con la ley, una “determinación autorizada, exhaustiva e imparcial” de los crímenes, proporcionando “un precedente muy valioso para cualquier futura Corte Penal Internacional”¹⁰. Siguiendo los argumentos de Lauterpacht, el hecho de que los crímenes de lesa humanidad aún no hubieran sido codificados internacionalmente o perseguidos como tales no constituía una violación del principio de retroactividad; los actos eran crímenes según el derecho natural exclusivamente y, por tanto, parte *del ius cogens*, aunque aún no hubieran sido legislados¹¹.

Esta interpretación deja claro que los aliados no fueron muy rigurosos a la hora de aplicar el principio de legalidad, a pesar de utilizarlo para argumentar contra las propuestas de otro superviviente judío, Raphael Lemkin. Tras perder a cuarenta y dos miembros de su familia en el Holocausto y huir a Estados Unidos, Lemkin acuñó el término “genocidio”, juntando la palabra griega genos (tribu o raza)

⁹ SANDS, *East West Street sobre los orígenes del genocidio y los crímenes contra la humanidad*, p. 441.

¹⁰ SANDS, *East West Street sobre los orígenes del genocidio y los crímenes contra la humanidad*, p. 506.

¹¹ SANDS, *East West Street sobre los orígenes del genocidio y los crímenes contra la humanidad*, p. 521.

y la latina cide (matar). El propósito de este concepto era acusar a los autores del asesinato en masa de todo un colectivo, el pueblo judío, en lugar de hacerlo de forma individual. Lemkin luchó durante todo el juicio por la consideración de este crimen dentro de la acusación. Revelando una pasión que rara vez se encuentra en quienes no han sufrido tales crímenes de primera mano, fue ingresado en el hospital durante el juicio; cuando el médico le recomendó que regresara sin demora a Estados Unidos, ignoró el consejo y siguió asistiendo al juicio para presionar a los fiscales. De hecho, al principio del proceso había cierta esperanza de que se incluyera una acusación por genocidio. Tras una conversación con Lemkin, el fiscal estadounidense Robert H. Jackson añadió la palabra “genocidio” a la lista de posibles delitos y lo describió como la “destrucción de minorías raciales y poblaciones subyugadas”. Jackson también argumentó que el “más lejano y terrible” de los actos cometidos fue la persecución y el exterminio de los judíos, la “solución final” que condujo al asesinato de seis millones de personas. Cabe destacar que Robert Kempner, que trabajaba para Jackson y fue él mismo una víctima del régimen nazi, fue crucial para defender las ideas de Lemkin dentro del equipo estadounidense. Los fiscales franceses y soviéticos también mencionaron el genocidio el primer día. Sin embargo, al final prevaleció la *realpolitik*, y tanto los fiscales estadounidenses como los británicos evitaron toda mención de la palabra, temerosos de la posible aplicación de este delito al tratamiento de los negros en Estados Unidos o de los súbditos coloniales en el Imperio Británico. Shawcross sí utilizó el término, pero aclaró que solo se aplicaría si se cometía en relación directa con la guerra.

Lauterpacht sí quería incluir los crímenes de preguerra en la acusación, pero no estaba de acuerdo con el concepto de genocidio y su atención a los grupos: “al centrarse en el individuo, no en el grupo, Lauterpacht quería disminuir la fuerza del conflicto intergrupal”. Por el contrario, Lemkin “creía que un enfoque excesivo en los individuos era ingenuo, que ignoraba la realidad del conflicto y la violencia: los individuos eran el objetivo porque eran miembros de un grupo particular”¹². A pesar de este desacuerdo, los propios juicios acabaron eludiendo por completo la cuestión al dejar de lado lo que más preocupaba a ambos: el exterminio de individuos judíos y los crí-

¹² SANDS, *East West Street sobre los orígenes del genocidio y los crímenes contra la humanidad*, p. 521.

menes del Holocausto más allá del contexto inmediato de la guerra. Los principales crímenes de la preguerra (incluidos los pogromos) fueron descartados y, con ello, la especificidad de los planes de exterminio contra el pueblo judío.

Ante estas limitaciones, otro superviviente judío lituano y experto en derecho internacional, Jakob Robinson, lamentó que un representante judío hubiera podido exponer estas limitaciones y aclarar que las causalidades judías no eran simples daños colaterales de la guerra sino "el resultado de una conspiración bien concebida, deliberadamente tramada y meticulosamente llevada a cabo"¹³. Aunque los desplazados judíos lo denunciaron dolorosamente, no se tuvo en cuenta la destrucción de la comunidad judía como un aspecto especial y diferenciado del Holocausto. El enfoque miope desplegado por los aliados también fue denunciado abiertamente por el superviviente de Auschwitz y futuro premio Nobel Elie Wiesel, quien señaló que, mientras la Alemania nazi exterminaba físicamente al pueblo judío, los juicios lo borraban como portador de una memoria particular¹⁴.

En consonancia con los objetivos de su *realpolitik*, Los aliados aspiraban a un juicio sin complicaciones, a una rápida ocupación y a la posterior salida de una Alemania en funcionamiento, objetivos que no podían alinearse con las exigencias y las complicadas historias de los supervivientes¹⁵. En otras palabras, "los políticos nacionales e internacionales se preocupaban más por la Guerra Fría que por abordar las atrocidades nazis"¹⁶. Las víctimas fueron despreciadas por ser apasionadas y tendenciosas, y siguió siendo un reto elegir a supervivientes concretos para que representaran el amplio abanico de grupos y subgrupos a los que apuntaban los nazis. Por el contrario, los documentos eran fiables y predecibles. Las sesiones del juicio consistían en una lectura monótona de la interminable documentación producida por la burocracia nazi sobre sus propios crímenes. El resultado fue un juicio que fue descripto por

¹³ COHEN, "El Dr. Jacob Robinson, el Instituto de Asuntos Judíos y la esquivada voz judía en Núremberg", en BANKIER (ed.), *Holocausto y justicia*, p. 87 a 90.

¹⁴ WIESEL, "El Holocausto como inspiración literaria", en WIESEL *et al.* (ed.) *Dimensions of the Holocaust*, p. 5 a 19.

¹⁵ KELLY, *Prosecuting corporations for genocide*.

¹⁶ GREENSTEIN, *Patterned payments: Explicando la variación de los grupos de víctimas en la política de reparaciones de Alemania Occidental*, "Revista Internacional de Justicia Transicional", n° 14(2), p. 393.

la periodista Rebeca West, del "*New Yorker*", como "aburrimiento a gran escala histórica"¹⁷.

Aunque el rabino Judah Nadich (1945) que en ese momento visitaba varios campos de desplazados para reunirse con los supervivientes, escribió a las autoridades estadounidenses sobre el deseo de los supervivientes de formar parte de este gran juicio, su sugerencia fue ignorada. Además, durante una conferencia de personas desplazadas (DP) en el campo de St. Ottilien en julio de 1945, los propios supervivientes alzaron la voz e insistieron en la necesidad de una representación formal y su participación activa en la Comisión Internacional para los Crímenes de Guerra. Muchos de los 300.000 desplazados judíos siguieron la evolución de los juicios a través de sus propios periódicos, insistiendo en que sus testimonios podían constituir un caso mejor que las películas y los documentos presentados, ya que estos eran incapaces de retratar adecuadamente el nivel de atrocidades que se produjeron en los campos¹⁸. Pero la decisión estaba tomada: durante un juicio dirigido por las fuerzas de ocupación, los supervivientes guardarían silencio.

Incluso los aparentemente afortunados a los que se les permitió testificar se sintieron silenciados. Por ejemplo, a pesar de su petición a los responsables del juicio, Sutzkever se vio obligado a testificar en ruso y no en la "lengua de los muertos", como había esperado. Su condición de judío se hizo aún más invisible con su presentación en el juicio. A pesar de sus ruegos, Sutzkever fue presentado como ciudadano soviético y no como superviviente judío. Jakob Robinson reconoció dolorosamente cómo las autoridades aliadas habían conseguido desestimar las identidades de los supervivientes: "Siempre se lucha por el reconocimiento necesario para llamar judío a un judío [...] Solo en Núremberg conseguimos este fin, para los judíos muertos"¹⁹.

¹⁷ DOUGLAS, "Was damals Recht war... Nulla poena und die strafrechtliche Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im besetzten Deutschland", en PRIEMEL - STILLER (eds.) *NMT: Die Nürnberger Militärtribunale Zwischen Geschichte, Gerechtigkeit Und Rechtschöpfung*, p. 719 a 754.

¹⁸ JOCKUSCH, *Collect and record!: Jewish Holocaust documentation in early postwar Europe, Jewish Holocaust documentation in early postwar Europe; ¿Justice at Nuremberg? Jewish responses to nazi war-crime trials in allied-occupied germany*, "Jewish Social Studies", nº 19(1), p. 107 a 147.

¹⁹ Citado en COHEN, "El Dr. Jacob Robinson, el Instituto de Asuntos Judíos y la esquiwa voz judía en Núremberg", en BANKIER (ed.), *Holocausto y justicia*, p. 96.

Además, los DP también criticaron el hecho de que su ausencia perjudicara ostensiblemente la legitimidad y el prestigio moral de los juicios y sus sentencias. Argumentaban que, aunque los aliados poseían el poder político necesario, carecían de la capacidad moral para juzgar a los criminales nazis; en cambio, "el sufrimiento personal confería autoridad moral y derecho jurisdiccional"²⁰. Como señala MOSES, crímenes como las campañas de bombardeo aéreo de barrios residenciales fueron excluidos del juicio porque los aliados también habían bombardeado a civiles, causando un millón de muertos alemanes y japoneses. ¿Podría ser esta la razón de la falta de interés de los aliados en utilizar este juicio masivo como plataforma para la democratización dentro del público alemán en general?²¹.

Desconectada de cualquier compromiso social más amplio, la prensa alemana apenas informó sobre los juicios, con la excepción de una revista jurídica alemana ("New Legal Weekly Journal"), que se centró en la perspectiva de los abogados defensores, que a su vez estaban más interesados en los tecnicismos legales que en el papel político y transformador de los procedimientos²². De hecho, solo los periódicos de DP publicaron regularmente sobre los juicios, denunciando las drásticas limitaciones del proceso, y señalando explícitamente que su estrecho alcance respondía a un deseo de los gobernantes de acelerar las cosas reduciendo la responsabilidad del régimen nazi a las acciones de unos pocos líderes, incluso cuando la perpetración de los crímenes requería la participación de la mayor parte de la sociedad alemana²³.

En general, en lugar de reconocer las particularidades de la campaña de exterminio judío, los aliados redujeron el enfoque de los juicios a los crímenes de guerra. Ignorando los testimonios de los supervivientes, basaron su caso en documentos y películas. En lugar de presentar a los pocos supervivientes que testificaron de la manera

²⁰ JOCKUSCH, *Justice at Nuremberg? Jewish responses to nazi war-crime trials in allied-occupied germany*, "Jewish Social Studies", nº 19(1), p. 135.

²¹ MOSES, "Raphael Lemkin, la cultura y el concepto de genocidio", en BLOXHAM - MOSES (eds.), *The Oxford handbook of genocide studies*.

²² PENDAS, *Democracy, nazi trials, and transitional justice in germany, 1945-1950*; "Final Solution, Holocaust, Shoah, or Genocide? From Separate to Integrated Histories", en GIGLIOTTI, SIMONE - EARL, HILARY (eds.), *A Companion to the Holocaust*, p. 19 a 44.

²³ JOCKUSCH, *Justice at Nuremberg? Jewish responses to nazi war-crime trials in allied-occupied germany*, "Jewish Social Studies", nº 19(1), p. 135.

que ellos preferían, los aliados los identificaron –como nacionales de los países aliados y no como supervivientes judíos, en su mayoría– de una manera conveniente para sus propios intereses geopolíticos. En lugar de abrir los procesos judiciales a los supervivientes, los fiscales los ignoraron presentándolos como si estuvieran todos muertos y, por tanto, incapaces de alzar la voz por sí mismos. En lugar de utilizar los juicios como plataforma para el compromiso social y la democratización de la población alemana, se dedicaron a impartir una justicia burocrática, formalista y rápida.

El 30 de septiembre y el 1° de octubre de 1946, después de casi un año en el que se leyeron documentos, se excluyó a los supervivientes y se ignoró a la sociedad civil, se demostró que la Gestapo, las SS y la dirección del Partido Nazi eran organizaciones criminales (la Wehrmacht quedó excluida). Tres acusados fueron absueltos; doce fueron condenados a muerte; tres a cadena perpetua y cuatro a largas penas de prisión²⁴. Las estrechas sentencias reforzaron la idea de que la criminalidad de los nazis se limitaba a unos pocos líderes desquiciados en medio de una gran guerra. La pregunta se convirtió entonces en: ¿Quién, salvo Hitler y media docena más, debía ser considerado autor? La respuesta proporcionada por los juicios parecía ser: nadie²⁵.

En particular, tampoco se incluyó en el proceso la participación de la mayoría de los ciudadanos de a pie, incluidos los de la Wehrmacht. Al final del juicio, solo el 30 % de la población alemana aceptó su culpabilidad y responsabilidad moral por las atrocidades, lo cual fue, sin embargo, la proporción más alta jamás registrada²⁶. Estos datos exponen que los juicios fueron una oportunidad perdida para reconocer la enorme extensión del sufrimiento judío, construir una plataforma para aprender sobre los escandalosos efectos del antisemitismo, debatir sobre la xenofobia y la identidad nacional de forma más amplia y, por tanto, afrontar la responsabilidad. En cambio, el enfoque vertical de los aliados

²⁴ ROMEIKE, *Transitional justice in Germany after 1945 and after 1990*, www.nurembergacademy.org.

²⁵ LÜDTKE, *Coming to terms with the past: ilusiones de recordar, formas de olvidar el nazismo en Alemania Occidental*, “The Journal of Modern History”, n° 65(3), p. 561.

²⁶ KARSTEDT, *The life course of collective memories: persistency and change in West Germany between 1950 and 1970*, “Revista Polaca de Sociología”, n° 165(1), p. 27 a 38.

(incluida la supresión de las víctimas vivas y la escasez de comunicados de prensa), permitió que la población alemana en general percibiera Núremberg como un caso de "justicia de los vencedores"²⁷. La desconexión entre los planes de justicia de los aliados y la compleja realidad de la sociedad alemana fue tan grande que, Gustav Heinemann, posterior presidente de Alemania, argumentaría que los juicios tuvieron el efecto contrario al que se pretendía: "En lugar de aislar a los responsables del Tercer Reich, se creó una nueva solidaridad alemana contra los aliados que solo puede calificarse adecuadamente de "renazificación"²⁸.

§ 3. **LOS JUICIOS POSTERIORES A NÚREMBERG: LOS TRIBUNALES MILITARES DE NÚREMBERG, LOS JUICIOS DE DACHAU Y LAS INICIATIVAS IMPULSADAS POR LAS VÍCTIMAS**

Tal era la desesperación de los supervivientes por los fallos del proceso, desde la desestimación de sus intereses y las débiles sentencias hasta la falta de compromiso público, que tenían pocas expectativas en los juicios menores que siguieron a Núremberg o en los espacios institucionales creados para procesar sus reclamaciones.

De hecho, sus temores sobre los doce juicios conocidos como los Tribunales Militares de Núremberg, NMT, que tuvieron lugar entre 1946 y 1948 con el objetivo de exponer cómo los crímenes del régimen nazi no eran únicamente atribuibles a la dirección central, se demostraron finalmente correctos. En estos juicios, la interpretación general "pasó de la escuela intencionalista, que consideraba que la responsabilidad estaba concentrada (principalmente en una persona), a la escuela funcionalista, que consideraba que la responsabilidad estaba generalizada y difundida en todos los sectores de la sociedad alemana, al igual que en otros países"²⁹. De hecho, en los juicios se intentó "explicar la guerra como un proyecto nacional en el que habían participado todos los sectores de la sociedad alemana", incluidos 185 médicos, jefes de empresas, funcionarios públicos, militares

²⁷ WEINKE, "Juicio de derechos humanos sin ley de derechos humanos persiguiendo los crímenes nazis en la Alemania de posguerra después de Núremberg Annette", en CAPDEPÓN - FIGARI LAYÚS (eds.), *Los efectos de los juicios penales*.

²⁸ NEIMAN, *Aprendiendo de los alemanes. La raza y la memoria del mal*, p. 86.

²⁹ TEITEL, *Transitional justice*, p. 74.

de alto rango y diplomáticos³⁰. Los doce procesos incluyeron a industriales alemanes, generales y mariscales de campo, oficiales de las SS, la burocracia estatal y un caso contra Erhard Milch, encargado del rearme alemán³¹.

Sin embargo, con el auge de la Guerra Fría, los “Estados Unidos perdieron cada vez más interés en seguir persiguiendo a los criminales nazis, permitiendo que muchos de los principales administradores ministeriales, en particular, evadieran la justicia”³². Especialmente llamativo fue el caso de IG Farben, la empresa que fabricó el gas Zyklon B utilizado en las cámaras de gas y construyó una fábrica, la Buna-Werke, cerca de Auschwitz para emplear a trabajadores forzados. La corporación no fue procesada como tal, a pesar de que la ley permitía acusar de complicidad en el genocidio o de ayuda e incitación al mismo. En su lugar, el tribunal solo condenó a unos pocos individuos por el singular delito de llevar trabajadores forzados a la planta. ¿Habrían sido diferentes los resultados si las víctimas hubieran desempeñado un papel más importante en los juicios? Lo que sí sabemos es que los supervivientes aprovecharon todas las oportunidades legales disponibles para demandar a IG Farben, concretamente en juicios civiles. Por ejemplo, Norbert Wollheim, un judío alemán superviviente de Auschwitz, no solo testificó en varios juicios de posguerra, sino que también presentó una demanda contra IG Farben –representada por Henry Ormond, él mismo superviviente del campo de concentración de Dachau y soldado del ejército británico– en la que solicitaba una indemnización por los salarios perdidos y los daños sufridos durante sus trabajos forzados en la empresa alemana (Memorial de Wollheim, 2020).

Además, cuando se les dio la oportunidad de testificar en los juicios penales, los supervivientes siguieron presentándose, como ocurrió durante los llamados “juicios de la serie de Dachau” que tuvieron lugar entre noviembre de 1945 y agosto de 1948. Estos 460 juicios

³⁰ PRIEMEL, *La traición: los juicios de Núremberg y la divergencia alemana*, p. 169.

³¹ PRIEMEL - STILLER, “Introduction Nuremberg’s. Narratives revising the legacy of the ‘subsequent trials’”, en PRIEMEL - STILLER (eds.), *Reassessing the Nuremberg Military Tribunals. Transitional justice, trials narratives, and historiography*, p. 1 a 16.

³² CZISNIK, *The contribution of Claus Roxin’s notion of indirect perpetration by means of organized power structures to the conceptualization of national socialist crimes*, “*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*”, p. 321.

dirigidos por Estados Unidos contra 1.676 criminales de guerra menores se celebraron solo en respuesta a la feroz presión internacional tras la amplia distribución de imágenes de cuerpos moribundos en los campos de concentración. Los resultados fueron desalentadores. Como afirmaron los testigos, si el objetivo era "reorientar a los alemanes hacia la democracia y revelar al público alemán y al mundo el verdadero alcance de la criminalidad nazi", fue "un rotundo fracaso"³³. Sin embargo, por una vez se incluyeron testigos judíos en el proceso; cuanto más local era el juicio, más espacio había para los testigos judíos³⁴. Aunque los fiscales seguían obligando a los supervivientes a identificarse como nacionales de los países aliados y no los trataban como un grupo separado de víctimas (ni atribuían ningún significado legal específico a su exterminio), estos testigos aprovecharon la oportunidad de testificar, llamando la atención sobre su condición de judíos como única base de su persecución.

Los llamados tribunales de honor judíos fueron otro ejemplo de responsabilidad impulsada por las víctimas. Estos mecanismos fueron promovidos por las propias víctimas, en medio de las calamidades del contexto de posguerra, a menudo sin los recursos del Estado. Entre 1946 y 1951, estas iniciativas laicas, populares y extrajudiciales de las comunidades judías y las organizaciones de supervivientes juzgaron si determinados individuos se habían comportado de forma honorable o deshonrosa durante la Shoah o, en sus palabras, si el acusado había "traicionado la confianza del pueblo judío" y debía ser considerado un "traidor a la nación judía"³⁵.

Los supervivientes fueron extremadamente asertivos a la hora de ayudar a identificar y procesar a los que se consideraban perpetradores dentro y fuera de sus comunidades. Como ejemplo, los supervivientes del campo de DP de Deggendorf enviaron una petición al fiscal jefe estadounidense de Dachau exigiendo que Amon Göth, el monstruoso comandante del campo de concentración de Plaszów, fuera juzgado por sus crímenes³⁶. Además, los campos de refugia-

³³ PENDAS, *Democracy, nazi trials, and transitional justice in germany, 1945-1950*, p. 130.

³⁴ JOCKUSCH, *¿Justice at Nuremberg? Jewish responses to nazi war-crime trials in allied-occupied germany*, "Jewish Social Studies", nº 19(1), p. 135.

³⁵ JOCKUSCH - FINDER, *Jewish Honor Courts: revenge, retribution, and reconciliation in Europe and Israel after the Holocaust*, p. 5.

³⁶ MEYER, *A fatal balancing act: el dilema de la Asociación de Judíos del Reich en Alemania, 1939-1945*.

dos tenían su propia policía y *bet din* (tribunales judíos especiales) para resolver problemas menores³⁷.

Durante este periodo, el Comité Central de los Judíos Liberados de Múnich también recogió informes y declaraciones de los supervivientes, recopiló listas de autores nazis, buscó nuevos testigos y obtuvo documentos con el objetivo de apoyar los procesos formales. Como resultado, el comité era casi con toda seguridad la única institución que estaba al tanto de la mayoría de los procesos judiciales nazis en curso, mientras que no existía una organización tan coordinada dentro de la judicatura local. Para colmar esta laguna, la comisión cooperó plenamente con las autoridades de investigación: “estaba muy claro para todos los implicados que los juicios dependían en gran medida de la presencia de los testigos judíos³⁸ mientras que “los casos [eran] raramente iniciados por investigaciones sistemáticas de los abogados del Estado”³⁹. Sin embargo, estos esfuerzos de las víctimas por recoger testimonios, realizar investigaciones y denunciar a los delincuentes, no fueron suficientes para contrarrestar la falta de voluntad política necesaria para garantizar una justicia más amplia. Los fiscales y los jueces acabaron aplicando prácticas de sentencia muy débiles, ampliando así la impunidad. En 1949, los tribunales alemanes de la zona de ocupación occidental habían condenado a 4.667 individuos alemanes por crímenes cometidos bajo el régimen nazi, pero dos tercios eran por delitos menores con sentencias leves y muy poca participación pública en los juicios. A medida que las víctimas abandonaban los campos de desplazados y emigraban, el número de casos se redujo sustancialmente a solo 573 entre 1951 y 1953⁴⁰.

§ 4. **LOS JUICIOS EN ALEMANIA OCCIDENTAL: UNA PRIMERA OLEADA DE JUICIOS BAJO LAS NUEVAS LEYES DE AMNISTÍA**

Esta situación se volvió aún más sombría con el paso de la jurisdicción penal de los aliados al recién creado gobierno de Alemania

³⁷ WETZEL, “En movimiento. El territorio alemán de posguerra como zona de tránsito de supervivientes, desplazados, refugiados y expulsados”, en KATZ - WETZEL (eds.), *Políticas de refugiados desde 1933 hasta hoy: challenges and responsibilities*.

³⁸ KNELLESEN, *Kommentar*.

³⁹ ROMEIKE, *Transitional justice in Germany after 1945 and after 1990*, www.nurembergacademy.org, p. 15.

⁴⁰ PENDAS, *Democracy, nazi trials, and transitional justice in Germany, 1945-1950*.

Occidental. Los tribunales nacionales adquirieron jurisdicción sobre los casos con víctimas alemanas. La única excepción era para "las acciones criminales de los nazis u otras personas dirigidas contra los ciudadanos de las naciones aliadas o sus bienes". Esto significaba en la práctica que "cualquiera que fuera el interés práctico y político de los aliados en conceder a los alemanes independencia judicial, esta no se extendía a los delitos contra los ciudadanos aliados". Aquí, sencillamente, *no se podía confiar en los alemanes*⁴¹. Había buenas razones para esta reticencia: hasta el 80 % de los jueces y fiscales activos en el sistema judicial alemán eran antiguos miembros del Partido Nazi, ya que solo el 19 % había sido destituido.

Esta falta de compromiso con el cambio estructural por parte de los aliados y los tribunales alemanes también fue visible a nivel del Poder ejecutivo. El 20 de septiembre de 1949, el primer canciller de Alemania Occidental, Konrad Adenauer, expresó su compromiso de "aliviar la carga de los hombres que han sido encarcelados y organizar su libertad restaurada lo más rápidamente posible". Aclarando que "naturalmente, el gobierno no podía intervenir en el caso de los 'realmente culpables', pero que, de hecho, el porcentaje que constituían era "extraordinariamente mínimo y tan extraordinariamente pequeño" y que "no ha habido ninguna violación del honor de la antigua Wehrmacht alemana"⁴².

En este contexto político, Adenauer pidió una amplia amnistía que obtuvo el apoyo inmediato del Parlamento en su primer día de trabajo. El 31 de diciembre de 1949, la flamante república de Alemania Occidental aprobó la primera ley de amnistía (le seguiría otra en 1954) que socavó aún más los esfuerzos de rendición de cuentas. Como la amnistía excluía los delitos graves y solo se aplicaba a las penas inferiores a seis meses, abarcaba la mayoría de las condenas, así como 2.500 casos pendientes, que posteriormente se abandonaron como consecuencia directa de la nueva ley. Además, muchos condenados por crímenes de lesa humanidad (que aparentemente se ajustaban a la definición de actos "cruels" que estaban exentos de la ley de amnistía) también se beneficiaron⁴³.

⁴¹ PENDAS, *Democracy, nazi trials, and transitional justice in Germany, 1945-1950*, p. 70.

⁴² FREI, *La Alemania de Adenauer y el pasado nazi: the politics of amnesia and integration*, p. 48.

⁴³ PENDAS, *Democracy, nazi trials, and transitional justice in Germany, 1945-1950*.

Más allá de estas leyes de impunidad, las perspectivas de rendición de cuentas parecían sombrías en Alemania Occidental. En cuanto a su base normativa, la Ley 10 del Consejo de Control Aliado fue sustituida por el Código Penal alemán de 1871. A diferencia de la ley de los aliados, el Código estaba concebido para los delitos comunes y no contemplaba los crímenes masivos ni los crímenes contra la humanidad. Según el Código recién restablecido, el plazo de prescripción se fijó en 15 años para el homicidio y 20 años para el asesinato. La prescripción se contaba a partir del 8 de mayo de 1945, día de la capitulación de la Wehrmacht, por entender que el régimen nazi era un periodo al margen de la ley. Por ello, en la década de 1950, solo se podían perseguir las lesiones corporales, la detención ilegal con resultado de muerte, el homicidio y el asesinato; el plazo para la persecución de los crímenes nazis era, pues, el 9 de mayo de 1960 para el homicidio y el 9 de mayo de 1965 para el asesinato⁴⁴.

En respuesta, el delegado democristiano Franz-Josef Wuermeling expresó una "alegría sincera" y proclamó que "la era de la culpa colectiva ha llegado a su fin"⁴⁵. Como señala FREI, Los aliados nunca habían declarado realmente que Alemania tuviera la carga de una "culpa colectiva", pero esta interpretación "sirvió a los alemanes como motivo de bienvenida para sentirse injustamente tratados" y buscar el fin de los esfuerzos de rendición de cuentas⁴⁶. De hecho, las políticas orientadas a la amnistía contaron con el apoyo de la sociedad civil: "A mediados de la década de 1950, el mensaje extraído del Tribunal de Núremberg se había materializado en una conciencia colectiva que atribuía únicamente a Hitler y a su círculo íntimo todas las responsabilidades por los crímenes del régimen nazi"⁴⁷. Las encuestas de la época revelaron que, en 1952, la mayoría de los alemanes creían que era injusto seguir encarcelando a los acusados de Núremberg, como Dönitz, Schirach, Hess y Speer⁴⁸. En 1953, el 78 % de la población

⁴⁴ JASCH - KAISER, *Der Holocaust Vor Deutschen Gerichten. Amnestieren, Verdrängen, Bestrafen*.

⁴⁵ FREI, *La Alemania de Adenauer y el pasado nazi: the politics of amnesty and integration*, p. 48.

⁴⁶ FREI, *La Alemania de Adenauer y el pasado nazi: the politics of amnesty and integration*, p. 306.

⁴⁷ KARSTEDT, *The life course of collective memories: persistency and change in West Germany between 1950 and 1970*, "Revista Polaca de Sociología", n° 165(1), p. 34.

⁴⁸ NOELLE-NEUMANN, *Jahrbuch Der Öffentlichen Meinung, 1947-1955*, p. 202.

consideraba que ni siquiera estaban "moralmente implicados" en los crímenes contra el pueblo judío⁴⁹ y el 55 % sostenía que no se debía culpar a los soldados alemanes por los cometidos en la guerra⁵⁰, mientras que el 75 % de la población alemana pensaba que el cálculo de 5 millones de individuos judíos asesinados era una exageración⁵¹.

Sin embargo, este periodo no fue ni siquiera el punto álgido de la impunidad; la situación se complicó aún más en 1954, cuando una nueva ley de impunidad introdujo la "regulación de la obediencia" que eximía a quienes actuaban siguiendo órdenes de un superior. Este reglamento benefició incluso a los autores de alto rango, como los dirigentes de las empresas IG Farben y Krupp, y el jefe de la secretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores, Ernst von Weizsäcker (padre del futuro presidente alemán Richard von Weizsäcker), responsable de la deportación de la población judía francesa a Auschwitz. Finalmente, el Acuerdo de Transición de 1955 puso fin al período de ocupación aliada, trasladando por completo la responsabilidad de juzgar los crímenes nazis a los tribunales alemanes.

Después de un período en el que casi no se rindieron cuentas, el juicio del Einsatzkommando de Ulm se celebró en Alemania Occidental en 1958. A pesar de "la formidable resistencia del sistema judicial y de la sociedad en general a los esfuerzos por llevar a los acusados ante la justicia"⁵² el juicio fue el primero en tratar el crimen de genocidio (y no solo los crímenes de guerra, como había sido el caso en los procedimientos anteriores). El juicio se centró en el asesinato masivo de judíos indefensos por parte del Einsatzkommando (responsable de fusilar a más de un millón de judíos en menos de dos años), exponiendo cómo el asesinato masivo no solo se llevó a cabo mediante asesinatos industrializados en cámaras de gas, sino también a través de fusilamientos ordinarios por parte de miembros ordinarios de las fuerzas armadas nazis. Durante el juicio, solo diez miembros destacados del Einsatzkommando fueron acusados de las ejecuciones masivas de 5.502 personas en la frontera entre Alemania y Lituania en 1941. A pesar de la mayor relevancia del juicio en cuanto al re-

⁴⁹ EMNID, *Sind wir Demokraten?*.

⁵⁰ NOELLE-NEUMANN, *Jahrbuch Der Öffentlichen Meinung, 1947-1955*, p. 137.

⁵¹ EMNID, *Zum Problem des Antisemitismus in der Bundesrepublik Institut für Marktforschung und Marktbeobachtung*.

⁵² JIKELY, *¿Un modelo para reconciliarse con el pasado? El recuerdo del Holocausto y el antisemitismo en Alemania desde 1945*, "Israel Journal of Foreign Affairs", nº 14(3), p. 427 a 446.

conocimiento de los asesinatos masivos del pueblo judío, los testigos judíos fueron una vez más desestimados en favor de las pruebas escritas de los informes oficiales de los Einsatzgruppen.

Además, a pesar de la gravedad de los cargos, los acusados recibían penas de prisión leves, de entre tres y quince años, condenados por ser cómplices de asesinato en lugar del cargo más grave de asesinato propiamente dicho, porque aparentemente no se podía demostrar que hubieran tomado la iniciativa personal de matar. Este razonamiento se convirtió en la base de la llamada *Gehilfenjudikatur* (justicia por complicidad). Otra de las deficiencias del Código Penal, además de excluir los crímenes internacionales y establecer unos plazos de prescripción estrictos, era que el delito de asesinato (el único cargo que aún no había prescripto) exigía que los fiscales probaran la “intención”, las “condiciones del asesinato” (incluidos los motivos viles, la sed de sangre o la crueldad) y el *animus auctoris* (que el propio asesino deseara cometer un acto criminal). En la práctica, esto significaba que solo los “autores excesivos” (*Exzesstäter*) que habían actuado con “demasiado entusiasmo” o de forma sádica eran condenados por asesinato⁵³. En todos los demás casos, se argumentó que los “autores individuales no habían querido estos asesinatos por sí mismos y se consideraban cómplices que ejecutaban la voluntad de otros”.

¿Pero quiénes eran esos otros? Prácticamente todas las sentencias de los tribunales penales superiores relativas a los crímenes nazis identificaron como principales a Hitler, Himmler, Heydrich y sus compañeros en el extremo superior de la cadena de mando⁵⁴. En esta línea, Jürgen Baumann sostiene que, según los tribunales, los crímenes tenían “un autor [Hitler] con 60 millones de cómplices”. Esta interpretación se ajustaba a la narración perdurable del Holocausto como una empresa de una pequeña camarilla de nazis lunáticos (Hitler, Himmler, Heydrich como autores singulares) que llevaron a sus cómplices (el grupo mucho más amplio de asesinos reales, que actuaban como cómplices de su plan más amplio) y a la sociedad en general a una locura involuntaria. Solo unos pocos estudiosos contradijeron esta jurisprudencia. Entre ellos, KLAUS ROXIN insistió en

⁵³ ROMEIKE, *Transitional justice in Germany after 1945 and after 1990*.

⁵⁴ CZISNIK, *The contribution of Claus Roxin's notion of indirect perpetration by means of organized power structures to the conceptualization of national socialist crimes*, “*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*”, p. 322.

que “quien comete un delito no se libera de responsabilidad, o no se convierte en un mero cómplice, porque otra persona hubiera cometido el delito. Un individuo que “puede dar órdenes a sus subordinados también es autor [...] si utiliza sus poderes para llevar a cabo actos delictivos”, independientemente de si esa orden fue por iniciativa propia o porque, a su vez, se lo había ordenado su propio superior, y simplemente estaba perpetrando indirectamente un acto ilegal por medio de estructuras de poder organizadas.

Paradójicamente, a pesar de las leves sentencias, el juicio del Einsatzkommando de Ulm arrojó luz sobre el hecho de que los principales crímenes de los nazis aún no habían sido juzgados; el juicio de Ulm fue demasiado dramático como para no provocar más consecuencias. En respuesta, el fiscal general de Baden-Württemberg, fue designado para la recién creada Oficina Central de las Administraciones de Justicia del Estado para la Investigación de los Crímenes Nacionalsocialistas para organizar una segunda serie de juicios. La oficina se centraría principalmente en los crímenes que habían tenido lugar “donde no había lugar de jurisdicción dentro del territorio de la República Federal”, es decir, los crímenes cometidos en los campos de concentración y por los Einsatzgruppen (Unidades de Operaciones Especiales) en el Este⁵⁵.

§ 5. **LOS JUICIOS EN ALEMANIA OCCIDENTAL: UNA SEGUNDA OLEADA DE JUICIOS IMPULSADOS POR LAS VÍCTIMAS**

La Oficina Central inició 500 nuevos casos en 1959, y 700 entre 1960 y 1964, incluyendo el juicio de Frankfurt Auschwitz (1963-1965) con veintidós acusados (médicos de las SS, miembros de la Gestapo y el comandante de Auschwitz), el proceso contra dos miembros del Ministerio de Asuntos Exteriores de Joachim Ribbentrop (1967-1968), el proceso contra los colegas de Eichmann, Hermann Krume y Otto Hunsche (1968-1969), el proceso de Ratisbona contra cuatro participantes en la masacre de Babi Yar (1971) y el proceso de Majdanek (1975-1981) (Weinke 2010). Sin embargo, cinco años después de la creación de la Comisión Central, el nuevo director, Adalbert Rückerl, “expresó su frustración por tener a su disposición solo una plantilla

⁵⁵ WEINKE, “Juicio de derechos humanos sin ley de derechos humanos persiguiendo los crímenes nazis en la Alemania de posguerra después de Núremberg Annette”, en CAPDEPÓN - FIGARI LAYÚS (eds.), *Los efectos de los juicios penales*.

de entre veinte y veinticinco personas en total, entre ellas no más de ocho a diez fiscales y jueces”⁵⁶. Incluso sin recursos humanos suficientes, la Oficina Central seguía teniendo miedo de involucrar a las víctimas judías en los juicios⁵⁷.

No obstante, los supervivientes judíos impulsaron diez procedimientos relacionados con la Operación Reinhardt, de los cuales cinco se referían al campo de exterminio de Sobibor (1965-1966). Cuarenta y dos de las sesenta personas judías que sobrevivieron al campo tras el levantamiento de prisioneros de 1943 y que habían vivido en Alemania como desplazados volvieron a testificar durante el juicio, probablemente alentadas por Miriam Novitch, luchadora de la resistencia, superviviente e historiadora del Holocausto, que organizó una reunión en Yad Vashem con el fin de identificar a las víctimas dispuestas a comparecer como testigos. Estos supervivientes tuvieron que superar sus miedos y volver a Alemania para testificar, impulsando los juicios, a pesar de que era el lugar donde sus familias habían sido aniquiladas y donde “se encontraron con sistemas de justicia con bases legales e interpretaciones totalmente diferentes, que los trataron con actitudes extremadamente distintas, y que incluso negaron la credibilidad de su testimonio”⁵⁸.

Además, cuando consiguieron llegar a puestos de decisión, el efecto de la participación de los supervivientes fue aun mayor. En este sentido, es interesante explorar los méritos de los juicios de Auschwitz de 1963-1965 en Frankfurt, que –junto con el juicio del Einsatzkommando de Ulm– se convirtieron en un punto de inflexión en la historia de la justicia alemana posterior al Holocausto. El fiscal general del Estado de Hesse, Fritz Bauer –un alemán judío, socialdemócrata, superviviente de un campo de concentración y emigrante que abandonó la Alemania nazi para irse a Dinamarca en 1936, huyó de los nazis por segunda vez en 1943, encontró refugio en Suecia y regresó a Alemania Occidental en 1949– dirigió el equipo de la acusación. Como explica WEINKE, “el ejemplo de Fritz Bauer demuestra que el hecho de que

⁵⁶ CZISNIK, *The contribution of Claus Roxin's notion of indirect perpetration by means of organized power structures to the conceptualization of national socialist crimes*, “*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*”, p. 323.

⁵⁷ KNELLESSEN, Comunicación personal, 18 de diciembre.

⁵⁸ KNELLESSEN, *El fracaso del testimonio de los testigos: los supervivientes judíos en los juicios de Sobibor en Alemania Occidental, Testimony-Historikertag; Testimonios fragmentarios. Juicios paradójicos-Los juicios alemanes de Sobibor, Jerusalén*.

una investigación se llevara a cabo, y la forma en que lo hiciera, dependía especialmente del interés y el compromiso personal de quienes dirigían las autoridades en cuestión"⁵⁹. La participación de Bauer en este juicio marcó tal diferencia que se ha dicho que si "no fuera por el juicio de Auschwitz y Majdanek [...] la investigación penal de los crímenes nazis por parte de la judicatura alemana se *evaluaría como un fracaso total*"⁶⁰.

En particular, en lugar de basarse únicamente en pruebas documentales, Bauer involucró a más de 200 supervivientes en los juicios de Auschwitz en Frankfurt. El superviviente de Dachau Henry Ormond se presentó como abogado de quince demandantes conjuntos, mientras que supervivientes de todo el mundo viajaron a Frankfurt para exponer el alcance del genocidio. La fiscalía extendió una red mundial, enviando cartas a una gran variedad de periódicos de todo el mundo en las que se pedía que se presentaran testigos, y participando en esfuerzos conjuntos con el Comité Internacional de Auschwitz y otras organizaciones de supervivientes. Hermann Langbein, superviviente de Dachau, Auschwitz y Neuengamme y cofundador del Comité Internacional de Auschwitz en 1954, también desempeñó un papel clave en la captación de testigos y aconsejó a sus compañeros que declararan de forma objetiva, basada en hechos y sin emociones. La suposición de Langbein quedó demostrada por el propio juez de instrucción Heinz Düx, que dijo en una entrevista posterior: "Nunca me han gustado los arrebatos emocionales y cosas por el estilo"⁶¹. El fiscal jefe Joachim Kügler también consideró que tratar con los supervivientes era un reto y que, en el mejor de los casos, habría preferido llevar a cabo el juicio basándose únicamente en documentos⁶².

Además de los supervivientes, Fritz Bauer también convocó a expertos del Instituto de Historia Contemporánea de Múnich, que

⁵⁹ WEINKE, "Juicio de derechos humanos sin ley de derechos humanos persiguiendo los crímenes nazis en la Alemania de posguerra después de Núremberg Annette", en CAPDEPÓN - FIGARI LAYÚS (eds.), *Los efectos de los juicios penales*, p. 35.

⁶⁰ BOMMARIUS, *Skandalöse Milde für Nazi-Verbrecher*, "Deutsche Justiz", FR.

⁶¹ WAGNER, *La verdad sobre Auschwitz: el enjuiciamiento de los crímenes de Auschwitz con la ayuda de los testimonios de los supervivientes*, "German History" n° 28(3), p. 351.

⁶² WAGNER, *La verdad sobre Auschwitz: el enjuiciamiento de los crímenes de Auschwitz con la ayuda de los testimonios de los supervivientes*, "German History" n° 28(3), p. 313.

aportaron una contextualización política e histórica de los asesinatos en masa para contrarrestar la narrativa de los autores del régimen nazi como una camarilla aislada de individuos. También se congratuló del interés del público por los juicios; más de 20.000 personas asistieron a los mismos. Además, los innumerables reportajes de los medios de comunicación también dieron a conocer el Holocausto a la sociedad alemana. Durante meses, los alemanes recibieron relatos diarios del juicio, incluyendo descripciones gráficas de la increíble situación en los campos. Sin embargo, "los periódicos fueron selectivos en cuanto a su fidelidad al juicio en sí, dependiendo de lo que más les beneficiara"⁶³. En este sentido, "la prensa aprovechó el énfasis legal en la crueldad excesiva y el comportamiento sádico individual".

El juicio terminó en 1965 con una sentencia extraordinariamente exhaustiva de 900 páginas. Sin embargo, solo seis acusados fueron condenados por asesinato; el resto, como era de esperar, se benefició de la noción de *Gehilfenjudikatur*. Por ejemplo, "Josef Oberhauser, juzgado como cómplice de asesinato de más de trescientas mil personas en Belzec (en 1964), fue condenado a cuatro años y medio de prisión; esto equivale a 7,8 minutos por cada asesinato"⁶⁴. A pesar de las magras sentencias, el juicio de Auschwitz fue un punto de inflexión en cuanto a la iluminación del "horror de los campos de exterminio y el Holocausto con todo detalle gráfico [ya que] las víctimas tuvieron una presencia real en Alemania por primera vez [ya que] la cobertura mediática fue amplia"⁶⁵.

Además de los juicios mencionados, Bauer también inició el juicio a los diplomáticos de Frankfurt en 1967 y llevó a cabo una investigación sobre los asesinatos por "eutanasia"⁶⁶; también se planteó ofrecer una recompensa a cambio de información sobre Josef Mengele, el médico de las SS que realizó macabros experimentos con los detenidos, y colaboró en la persecución de Adolf Eichmann, que organizó

⁶³ WITTMANN, *Más allá de la justicia: the Auschwitz trial*, p. 179.

⁶⁴ NEIMAN, *Aprendiendo de los alemanes. La raza y la memoria del mal*, p. 119.

⁶⁵ KARSTEDT, *The life course of collective memories: persistency and change in West Germany between 1950 and 1970*, "Revista Polaca de Sociología", n° 165(1), 2009, p. 35.

⁶⁶ WEINKE, "Juicio de derechos humanos sin ley de derechos humanos persiguiendo los crímenes nazis en la Alemania de posguerra después de Núremberg Annette", en CAPDEPÓN - FIGARI LAYÚS (eds.), *Los efectos de los juicios penales*.

los transportes a los campos de exterminio y vivía con una identidad falsa en Argentina⁶⁷.

Aunque es poco probable que las evaluaciones anacrónicas de lo que podrían haber hecho las víctimas judías para fomentar la rendición de cuentas contribuyan al análisis, las iniciativas impulsadas por las víctimas (tribunales de honor, juicios civiles, testimonios de supervivientes, acusaciones, presión internacional para ampliar el plazo de prescripción, los juicios de Auschwitz, el juicio de Eichmann) fueron una fuerza vital en la, por otra parte, poco frecuente e insuficiente historia de la rendición de cuentas en la Alemania de posguerra.

Sin embargo, como estos esfuerzos no iban acompañados de un compromiso de arriba hacia abajo de emprender una transición democrática transformadora, no fueron suficientes para atraer el apoyo de la sociedad civil. A pesar de la presencia de supervivientes en los juicios de Auschwitz y de que los acusados eran miembros de bajo rango del Partido Nazi (exponiendo así la dolorosa escala del horror y socavando el mito de la empresa nazi como el proyecto de un pequeño grupo de líderes desquiciados), la sociedad civil alemana no se transformó con el proceso: el 40 % de la población estaba en contra del juicio, por considerar que ya había pasado demasiado tiempo y que los crímenes debían considerarse parte del pasado. En cuanto a la extracción social, hubo más apoyo al juicio entre las personas con un alto nivel de educación⁶⁸, con la excepción de los empresarios e industriales que corrían el riesgo de ser acusados de beneficiarse del Holocausto. En cuanto al juicio de Eichmann, solo el 25 % de los alemanes deseaba que se celebrara en Alemania; para al menos el 45 %, esta postura se debía al temor de que Israel utilizara el juicio como propaganda antialemana y como recordatorio mundial de los "horrores de los campos de concentración nacionalsocialistas". Cuando comenzó el juicio, el 53 % de los encuestados expresó el deseo de que todo se olvidara⁶⁹.

La falta de apoyo, tanto de abajo a arriba como de arriba a abajo, para la rendición de cuentas (con la excepción de los supervivientes), se hizo aun más evidente a finales de la década de 1960 durante el intenso debate sobre la ampliación de la prescripción de los asesinatos. El democristiano Fritz Schäffer se opuso a los socialde-

⁶⁷ STAHL, *Caza de nazis. Las dictaduras de América del Sur y la persecución de los crímenes nazis*.

⁶⁸ NOELLE-NEUMANN, *Jahrbuch Der Öffentlichen Meinung, 1947-1955*.

⁶⁹ EMNID, *Informationen: Weltmeinungen zum Eichmann-Prozess*.

mócratas que pedían la abolición del estatuto argumentando que la ley servía para la "pacificación interna"⁷⁰. Un camino intermedio se estableció el 25 de marzo de 1965, cuando el parlamento aprobó la Ley de Cálculo de la Prescripción que amplió en cinco años el inicio de la prescripción de 25 años para el homicidio, de modo que se podían seguir abriendo casos hasta el 1° de enero de 1970.

En este contexto, el canciller democristiano Ludwig Erhard también declaró el periodo de posguerra "terminado" en un discurso ante el Parlamento Federal el 10 de noviembre de 1965, argumentando que "no podemos aceptar a quienes infieren de la crueldad anterior un pecado hereditario alemán e intentan preservarlo con fines políticos"⁷¹. En 1968 se produjo una nueva reacción, cuando Eduard Dreher, antiguo fiscal de la NS en el Tribunal Especial de Innsbruck, redactó la Ley de Introducción a la Ley de Delitos Reguladores, que reducía aún más la pena por complicidad en el asesinato a 15 años si no había motivos de base y hacía que todas las acusaciones restantes prescribieran.

Además de las restricciones a la rendición de cuentas, los perpetradores comenzaron a solicitar nuevos juicios en un intento de revisar sus sentencias, a pesar de que los nuevos juicios son extremadamente raros, ya que exigen la consideración de nuevas pruebas. En este sentido, el espacio disponible para la participación de las voces de las víctimas se redujo aún más con cada nuevo revés. Especialmente llamativos fueron los dos nuevos juicios, celebrados entre los años 1970 y 1980, en relación con los crímenes cometidos en Sobibor por Hubert Gomerski y Karl Frenzel. ¿El motivo de un nuevo juicio en estos casos? Precisamente la desconfianza del tribunal en los testimonios de los supervivientes: en línea con el razonamiento mostrado durante los juicios IMT y NMT, los tribunales declararon una vez más que las víctimas eran demasiado apasionadas y tendenciosas para ser fiables, y que su inclusión como prueba podía ser revisada.

Se preguntó a los testigos sobre fechas y lugares concretos treinta años después de que ocurrieran los hechos traumáticos y se contrastaron con declaraciones anteriores. Cuando una declaración se consideraba inexacta, los testigos eran confrontados, desmoralizados,

⁷⁰ JASCH - KAISER, *Der Holocaust Vor Deutschen Gerichten. Amnestieren, Verdrängen, Bestrafen*, p. 112.

⁷¹ Citado en LÜDTKE, *Coming to terms with the past: ilusiones de recordar, formas de olvidar el nazismo en Alemania Occidental*, "The Journal of Modern History", n° 65(3), p. 542 a 572.

acusados y tratados como mentirosos vengativos. En palabras de los magistrados, los supervivientes "aún no eran suficientemente capaces de controlar sus humanamente comprensibles sentimientos de odio y venganza hacia los acusados"⁷². Por lo tanto, "los supervivientes fueron poco a poco desmontados y la credibilidad de toda su persona puesta en duda [...] los tribunales alemanes les obligaron a capitular como testigos jurídicos [...] mientras que ni los miembros de la prensa ni el público estaban presentes" debido a la falta de interés. Además, en un ejercicio desgarrador de selectividad penal, mientras que los perpetradores fueron liberados (infra-criminalizados), se presentaron cargos penales contra dieciocho de los veinticinco testigos judíos por presunto falso testimonio (sobre-criminalizados)⁷³.

A principios de 1979, cuando se acercaba el nuevo plazo de prescripción, se estrenó la miniserie *Holocausto tanto en Estados Unidos* como en Alemania, donde más de dos millones de personas la vieron consternadas. Mientras tanto, los supervivientes del Holocausto que habían luchado durante treinta años contra la prescripción se reunieron con Berndt von Staden (el embajador alemán en Estados Unidos) para presionar por su abolición. Como era de esperar, los funcionarios del Estado alemán percibieron la legítima lucha de los supervivientes por la justicia como un complot contra Alemania y se hicieron declaraciones explícitamente antisemitas. Por ejemplo, von Staden advirtió al Ministerio de Asuntos Exteriores de "aquellos círculos judíos con especial influencia en el ámbito de los medios de comunicación", que responderían de forma difamatoria si Alemania detenía los procesos⁷⁴.

Sin embargo, bajo la presión de las víctimas y de los líderes extranjeros, la solución acordada fue la abolición de la prescripción del asesinato⁷⁵. En este contexto, las sentencias del juicio de Majdanek

⁷² Citado en KNELLESSEN, *El fracaso del testimonio de los testigos: los supervivientes judíos en los juicios de Sobibor en Alemania Occidental*, Testimony-Historikertag.

⁷³ KNELLESSEN, *El fracaso del testimonio de los testigos: los supervivientes judíos en los juicios de Sobibor en Alemania Occidental*, Testimony-Historikertag. Y KNELLESSEN, Comunicación personal, 18 de diciembre.

⁷⁴ EDER, *Holocaust angst: la República Federal de Alemania y la memoria del Holocausto estadounidense desde la década de 1970*, p. 36.

⁷⁵ SHAFIR, "Perturbando constantemente la conciencia alemana: el impacto de los judíos americanos", en MICHMAN (ed.) *Remembering the Holocaust in Germany, 1945-2000: german strategies and jewish responses*

en Düsseldorf se dictaron en 1981. La prensa asistió en contadas ocasiones al juicio, en el que se acusaba a los antiguos guardias del campo de Majdanek de delitos de crueldad excesiva y truculenta, a pesar de la novedad de que seis de los quince acusados eran mujeres. Cuatro acusados fueron absueltos. Solo uno fue condenado a cadena perpetua; los diez restantes recibieron sentencias de menos de doce años a pesar de la probada crueldad de sus acciones⁷⁶.

Para otros cargos, se necesitaba más tiempo. Ya en 2011, la acusación contra el colaborador ucraniano John Demjanjuk en Múnich declaró que no era un requisito que el acusado hubiera cometido personalmente un acto de asesinato; en cambio, fue condenado como “parte de la industria del exterminio” por complicidad en el asesinato de más de 28.000 judíos en el campo de exterminio de Sobibor. Un razonamiento similar se siguió en los últimos juicios por crímenes del Holocausto, a saber, los juicios de Oskar Gröning en Lüneburg en 2015 y de Joseph Schuetz e Irmgard Furchner en 2021. La edad de los autores y la distancia temporal con respecto a los crímenes han hecho que estas acusaciones se consideren demasiado pequeñas y tardías. Por el contrario, además de estos juicios dispersos, los casos más antiguos se reabrieron décadas después, anulando las condenas existentes, como ocurrió en 2004, cuando “el Tribunal Federal de Justicia de Alemania anuló la condena de Friedrich Engel, un antiguo jefe del Servicio de Seguridad de las SS de 93 años de edad, al considerar que no se había probado el asesinato aunque Engel había ordenado la ejecución de cautivos”⁷⁷.

Si se consideran las cifras globales, el 70 % de las condenas se dictaron antes de 1949, con las víctimas como fuerza impulsora de las acusaciones, el 22 % entre 1949 y 1958, y solo el 8 % desde 1958. En términos de condenas, los juicios involucraron a menos de 1.200 acusados (con solo 204 acusados de asesinato), en comparación con un estimado de 200.000 a 250.000 participantes alemanes y austriacos en el Holocausto. De estos 200.000 autores, aproximadamente 95.000 alemanes y austriacos serían finalmente condenados: 1.200 de ellos en tribunales alemanes, 9.000 en el IMT y en los juicios sucesivos y el resto en tribunales ex-

⁷⁶ WITTMANN, *Más allá de la justicia: the Auschwitz trial*.

⁷⁷ WEINKE, “Juicio de derechos humanos sin ley de derechos humanos persiguiendo los crímenes nazis en la Alemania de posguerra después de Núremberg Annette”, en CAPDEPÓN - FIGARI LAYÚS (eds.) *Los efectos de los juicios penales*, p. 44.

tranjeros⁷⁸. En otras palabras, solo entre el 38 % y el 48 % de los autores alemanes y austriacos se enfrentaron a un juicio, y solo entre el 0,4 y el 0,6 % de ellos fueron condenados en los tribunales alemanes.

La situación es particularmente sorprendente cuando se considera la responsabilidad de los jueces y expertos legales que crearon el marco ideológico e institucional que hizo posible el Holocausto. De hecho, ni siquiera un juez de la época nazi "fue castigado por un tribunal alemán por las decenas de miles de sentencias de muerte injustificadas que dictaron durante el Tercer Reich⁷⁹. Además, el Tribunal Popular no fue reconocido como un instrumento de terror operado por el Estado hasta 1985, y el sobreseimiento sumario de todas las sentencias penales dictadas durante el periodo nazi no se produjo hasta 1998⁸⁰.

§ 6. **CONCLUSIONES**

La narrativa dominante ha tendido a presentar a Alemania como un modelo global en el tratamiento del pasado. Esta postura, sin embargo, ignora la realidad de que la escasa justicia obtenida por los aliados no solo se logró *a pesar de la reticencia de los poderosos alemanes*, sino que también fue indistinguible del trabajo legal, filosófico y político de los *expertos judíos en el exilio* que sustentaron las estrategias de enjuiciamiento estadounidenses. La narrativa hegemónica también ofusca que los pocos casos perseguidos por los tribunales alemanes en la zona de Estados Unidos fueron, en su mayor parte, provocados por las acusaciones de *los propios supervivientes que luchaban por la rendición de cuentas*, que también participaron en tribunales de honor, juicios civiles y acusaciones públicas.

Además, esta narración oculta que, con la plena independencia de Alemania Occidental, los juicios se vieron aun más perjudicados por un Código Penal interno inadecuado, el rechazo del derecho penal internacional, la aprobación de la legislación de amnistía y el desarrollo de una *Gehilfenjudikatur*. El apoyo débil y tardío de la jerarquía a la justicia solo se produjo como resultado de la presión nacional

⁷⁸ PENDAS, *Democracy, nazi trials, and transitional justice in Germany, 1945-1950*; ROMEIKE, *Transitional justice in Germany after 1945 and after 1990*.

⁷⁹ KNIGHT, *Juicios de Núremberg: un paso importante para que Alemania se enfrente a su pasado nazi*, "DW", 16 de noviembre de 2020.

⁸⁰ WITTMANN, *Más allá de la justicia: the Auschwitz trial*.

e internacional, ya que la prescripción solo se abolió 35 años después del Holocausto y el requisito de participación directa para una acusación de asesinato solo se retiró 60 años después del hecho. La noción de Alemania como modelo de tratamiento del pasado también oscurece el papel de las víctimas en este periodo, que volvieron a testificar cuando se les permitió, ejercieron presión nacional e internacional para ampliar el plazo de prescripción, e incluso instigaron y dirigieron juicios emblemáticos cuando se les otorgó posiciones de poder (como en el caso de los juicios de Auschwitz o Eichmann). En este sentido, el juicio de Auschwitz en Frankfurt, dirigido por un fiscal-víctima y que incluyó los testimonios de los supervivientes que regresaron a Alemania para dar testimonio contra la impunidad, constituye un punto culminante en la, por otra parte, problemática historia de la responsabilidad alemana. Aunque la narrativa hegemónica suele aceptar el papel destacado de este juicio en los esfuerzos de rendición de cuentas de Alemania, siempre destaca el papel de los alemanes, dejando de lado el papel específico de los supervivientes en este proceso.

Incluso hoy en día, la búsqueda de justicia en los juicios por atentados antisemitas sigue recayendo sobre los hombros de las víctimas: en el juicio tras el atentado de Halle de 2019 intervinieron más de una docena de acusadores privados comprometidos en nombre de las víctimas y de las organizaciones judías que pedían responsabilidades. En cambio, cuando las víctimas no presionaron directamente para que se hiciera justicia –como en el juicio del neonazi que asesinó al político alemán Walter Lübcke en respuesta a su defensa de las políticas de inmigración abiertas–, el Estado fue incapaz de llevar a cabo una investigación adecuada. Incluso uno de los abogados defensores argumentó que “cualquier sheriff de pueblo habría llevado a cabo una investigación mejor”, mientras que la familia de Lübcke criticó cómo las agencias de inteligencia no protegieron al político⁸¹.

Setenta y cinco años después de Núremberg, queda claro que las características verticalistas de la justicia posnazi crearon serios obstáculos para las víctimas dispuestas a desempeñar un papel activo en los juicios. No obstante, consiguieron hacer oír su voz aprovechando las escasas oportunidades que se les presentaron –acusando públicamente a los autores, actuando como testigos en los pocos casos que se les permitió, liderando procesos, presionando para que se produ-

⁸¹ KNIGHT, *Juicios de Núremberg: Un paso importante para que Alemania se enfrente a su pasado nazi*, “DW”, 16 de noviembre de 2020.

jeran cambios legales, participando en juicios civiles– y creando sus propios mecanismos de actuación, como los juicios de honor. En resumen, la narrativa hegemónica que insiste en elogiar el papel de los aliados y del gobierno alemán como artífices de la justicia posnazi sigue guardando silencio sobre el hecho de que la limitada justicia obtenida solo fue posible gracias a las iniciativas impulsadas por las víctimas que trabajaron entre bastidores.

BIBLIOGRAFÍA

- BANKIER, DAVID (ed.), *Holocausto y justicia*, Jerusalén, Yad Vashem, 2020.
- BLOXHAM, D. - MOSES, A. D. (eds.), *The Oxford handbook of genocide studies*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BLUMENTHAL D. - MCCORMACK, T. (eds.), *The legacy of Nuremberg: ¿influencia civilizadora o venganza institucionalizada?*, Leiden, Brill, 2008.
- BOMMARIUS, C., *Skandalöse Milde für Nazi-Verbrecher*, “Deutsche Justiz”, FR, 2016.
- COHEN, B., “El Dr. Jacob Robinson, el Instituto de Asuntos Judíos y la esquivada voz judía en Núremberg”, en BANKIER (ed.), *Holocausto y justicia*, Jerusalén, Yad Vashem, 2020.
- CZISNIK, M., *The contribution of Claus Roxin’s notion of indirect perpetration by means of organized power structures to the conceptualization of national socialist crimes*, “Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik”, 2021, p. 318 a 325.
- DOUGLAS, L., “Was damals Recht war... Nulla poena und die strafrechtliche Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im besetzten Deutschland”, en PRIEMEL K. C. - STILLER, A. (eds.) *NMT: Die Nürnberger Militärtribunale Zwischen Geschichte, Gerechtigkeit Und Rechtschöpfung*, Hamburgo, Hamburger Editionen, 2013.
- EDER, JACOB S., *Holocaust Angst: La República Federal de Alemania y la memoria del Holocausto estadounidense desde la década de 1970*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.
- EMNID INSTITUT FÜR MARKTFORSCHUNG UND MARKTBEOBACHTUNG, *Sind wir Demokraten?*, Bielefeld, 1949.
- *Informationen: Weltmeinungen zum Eichmann-Prozess*.
- *Zum Problem des Antisemitismus in der Bundesrepublik*, Bielefeld, 1954.
- FREI, N., *La Alemania de Adenauer y el pasado nazi: the politics of amnesty and integration*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- GREENSTEIN, C., *Patterned payments: explicando la variación de los grupos de víctimas en la política de reparaciones de Alemania Occidental*, “Revista Internacional de Justicia Transicional”, nº 14(2), 2020, p. 381 a 400.
- JASCH, H-C. - KAISER W., *Der Holocaust Vor Deutschen Gerichten. Amnestieren, Verdrängen, Bestrafen*, Ditzingen, Reclam, 2017.
- JIKELI, G., *¿Un modelo para reconciliarse con el pasado? El recuerdo del Holocausto y el antisemitismo en Alemania desde 1945*, “Israel Journal of Foreign Affairs”, nº 14(3), 2021, p. 427 a 446.

- JOCKUSCH, L., *Collect and record!: Jewish Holocaust documentation in early postwar Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- *Justice at Nuremberg? Jewish responses to nazi war-crime trials in allied-occupied germany*, "Jewish Social Studies", 19(1), Indiana University Press, 2012, p. 107 a 147.
- JOCKUSCH, L. - FINDER, G. N., *Jewish Honor Courts: revenge, retribution, and reconciliation in Europe and Israel after the Holocaust*, Detroit, Wayne State University Press y United States Holocaust Memorial Museum, 2015.
- KARSTEDT, S., "El Tribunal de Núremberg y la sociedad alemana: justicia internacional y juicios locales en la reconstrucción post-conflicto", en BLUMENTHAL D. - MCCORMACK, T. (eds.), *The legacy of Nuremberg: ¿influencia civilizadora o venganza institucionalizada?*, Leiden, Brill, 2008.
- *The life course of collective memories: persistency and change in West Germany between 1950 and 1970*, "Revista Polaca de Sociología", n° 165(1), Polskie Towarzystwo Socjologiczne, 2009, p. 27 a 38.
- KATZ, STEVEN T. - WETZEL, JULIANE (eds.), *Políticas de refugiados desde 1933 hasta hoy: challenges and responsibilities*, Berlín, Metropol Verlag, 2018.
- KELLY, M. J., *Prosecuting corporations for genocide*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.
- KNELLESSEN, D., *El fracaso del testimonio de los testigos: los supervivientes judíos en los juicios de Sobibor en Alemania Occidental*, Testimony-Historikertag, 2018.
- *Testimonios fragmentarios. Juicios paradójicos - Los juicios alemanes de Sobibor*, Jerusalén, 2019
- KNIGHT, B., *Juicios de Núremberg: un paso importante para que Alemania se enfrente a su pasado nazi*, "DW", 16 de noviembre de 2020.
- LÜDTKE, A., *Coming to terms with the past: ilusiones de recordar, formas de olvidar el nazismo en Alemania Occidental*, "The Journal of Modern History", n° 65(3), p. 542 a 572.
- MEYER, B., *A fatal balancing act: el dilema de la Asociación de Judíos del Reich en Alemania, 1939-1945*, Nueva York, Berghahn, 2013.
- MICHMAN, D. (ed.), *Remembering the Holocaust in Germany, 1945-2000: german strategies and jewish responses*, Nueva York, Peter Lang, 2002.
- MORRISON, W., *Criminología, civilización y el nuevo orden mundial*, Londres, Routledge-Cavendish, 2013.
- MOSES, A. D., "Raphael Lemkin, la cultura y el concepto de genocidio", en BLOXHAM, D. - MOSES, A. D. (eds.), *The Oxford handbook of genocide studies*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- NADICH, J., *Informe sobre las condiciones en los centros de reunión para desplazados judíos*, 22 de octubre, 1945
- NEIMAN, S., *Aprendiendo de los alemanes. La raza y la memoria del mal*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2019.
- NOELLE-NEUMANN, E., *Jahrbuch Der Öffentlichen Meinung, 1947-1955*, Allensbach am Bodensee, Verlag für Demoskopie, 1956.
- PENDAS, D. O., *Democracy, nazi trials, and transitional justice in Germany, 1945-1950*, Cambridge University Press, 2020.

- "Final Solution, Holocaust, Shoah, or Genocide? From Separate to Integrated Histories", en GIGLIOTTI, SIMONE - EARL, HILARY (eds.), *A Companion to the Holocaust*, John Wiley & Sons, Ltd., 2020.
- PRIEMEL, KIM C., *La traición: los juicios de Núremberg y la divergencia alemana*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- PRIEMEL, KIM C. - STILLER, ALEXA, "Introduction Nuremberg's. Narratives revising the legacy of the 'subsequent trials'", en PRIEMEL, KIM C. - STILLER, ALEXA (eds.), *Reassessing the Nuremberg Military Tribunals. Transitional justice, trials narratives, and historiography*, Berghahn Books, 2012.
- PRIEMEL, KIM C. - STILLER, ALEXA (eds.), *NMT: Die Nürnberger Militärtribunale Zwischen Geschichte, Gerechtigkeit Und Rechtschöpfung*, Hamburgo, Hamburger Editionen, 2013.
- *Reassessing the Nuremberg Military Tribunals. Transitional justice, trials narratives and historiography*, Berghahn Books, 2012.
- ROMEIKE, S., *Transitional Justice in Germany after 1945 and after 1990*, www.nurembergacademy.org, 2016.
- SANDS, P., *East West Street sobre los orígenes del genocidio y los crímenes contra la humanidad*, Nueva York, Knopf, 2016.
- SHAFIR, S., "Perturbando constantemente la conciencia alemana: El impacto de los juicios americanos", en MICHMAN, D. (ed.), *Remembering the Holocaust in Germany, 1945-2000: German Strategies and Jewish Responses*, Nueva York, Peter Lang, 2002.
- STAHL, D., *Caza de nazis. Las dictaduras de América del Sur y la persecución de los crímenes nazis*, Amsterdam University Press, 2013.
- TEITEL, R., *Transitional justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- WAGNER, J., *La verdad sobre Auschwitz: el enjuiciamiento de los crímenes de Auschwitz con la ayuda de los testimonios de los supervivientes*, "German Histor", nº 28(3), 2010, p. 343 a 357.
- WEINKE, A., "Juicio de derechos humanos sin ley de derechos humanos persiguiendo los crímenes nazis en la Alemania de posguerra después de Núremberg Annette", en CAPDEPÓN, U. - FIGARI LAYÚS, R. (eds.), *Los efectos de los juicios penales*. Leuven, Leuven University Press, 2020.
- WETZEL, JULIANE, "En movimiento. El territorio alemán de posguerra como zona de tránsito de supervivientes, desplazados, refugiados y expulsados", en KATZ, STEVEN T. - WETZEL, JULIANE (eds.), *Políticas de refugiados desde 1933 hasta hoy: challenges and responsibilities*, Berlín, Metropol Verlag, 2018.
- WIESEL, E., "El Holocausto como inspiración literaria", en WIESEL, E. et al. (ed.) *Dimensions of the Holocaust*, Evanston IL, 1977.
- WIESEL, E. et al. (ed.) *Dimensions of the Holocaust*, Evanston IL, 1977.
- WITTMANN, R., *Más allá de la justicia: the Auschwitz trial*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2005.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO POR LA MORAL*

MARTIN BOROWSKI**

Resumen. En este trabajo se aborda la discusión entre las teorías iusnaturalistas o no-positivistas y las positivistas acerca de la relación entre el derecho y la moral. Las teorías iusnaturalistas o no-positivistas parten de una conexión necesaria del derecho con la moral, mientras que las teorías positivistas niegan una tal conexión necesaria. En particular, las teorías iusnaturalistas aceptan típicamente que la conexión necesaria entre el derecho y la moral implicaría que, al atravesar un determinado umbral de injusticia, el derecho positivo pierde su carácter jurídico o su validez jurídica.

Palabras clave: derecho, moral, iusnaturalismo, no positivismo, positivismo.

THE ELIMINATION OF LAW BY MORALITY

Abstract. This paper deals with the discussion between natural law or non-positivist theories and positivists about the relationship between law and morality. Natural law or non-positivist theories start from a necessary connection between law and morality, while positivist theories deny such a necessary connection. In particular, natural law theories typically accept that the necessary

* Traducción del artículo original alemán “Die Vernichtung des Rechts durch Moral”, promanuscrito por EDUARDO R. SODERO (artículo de próxima aparición en libro colectivo conformado con otros trabajos de ROBERT ALEXY, JOHN FINNIS y ROBERT P. GEORGE, editado por el traductor). El texto también fue publicado en “Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag”, FRANK SALIGER *et al.* (eds.), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2017, p. 71 a 84.

** Profesor en Derecho Público, Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Karl-Ruprecht de Heidelberg (Alemania). Correo electrónico: borowski@jurs.uni-heidelberg.de.

connection between law and morality would imply that, upon crossing a certain threshold of injustice, positive law loses its legal character or its legal validity.

Keywords: right-moral, natural law, not positivism, positivism.

A ELIMINAÇÃO DA LEI PELA MORALIDADE

Resumo. Este artigo trata da discussão entre teorias do direito natural ou não positivistas e positivistas sobre a relação entre direito e moralidade. O direito natural ou as teorias não positivistas partem de uma conexão necessária entre direito e moral, enquanto as teorias positivistas negam tal conexão necessária. Em particular, as teorias do direito natural tipicamente aceitam que a conexão necessária entre direito e moral implicaria que, ao cruzar um certo limiar de injustiça, o direito positivo perde seu caráter jurídico ou sua validade jurídica.

Palavras-chave: direito, moral- lei natural, não positivismo-positivismo.

A) INTRODUCCIÓN

Según la usual contraposición en clave entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, las teorías iusnaturalistas o no-positivistas parten de una conexión necesaria del derecho con la moral³, mientras que las teorías positivistas niegan una conexión necesaria⁴. Las teorías iusnaturalistas aceptan típicamente⁵ que la conexión necesaria entre el derecho y la moral implicaría que, al atravesar un determinado umbral de injusticia, el derecho positivo pierde su carácter jurídico o su validez jurídica. Ejemplos famosos son la “fórmula de RADBRUCH” y el “argumento de la injusticia” (*Unrechtsargument*) de ALEXY. Querríamos: 1) investigar en esta contribución acerca de ese papel negativo de la moral para la existencia y la validez del derecho (“casación”), y luego ampliar la mirada desde una doble perspectiva:

³ KOLLER, *Theorie des rechts*, p. 31; ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 17.

⁴ KOLLER, *Theorie des rechts*, p. 24; ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 15. También, HART, *Positivism and the separation of law and morals*, “Harvard Law Review”, n° 74, p. 593 a 625; HART, *The concept of law*, p. 185.

⁵ Aunque por cierto no necesariamente, ver al respecto, sección III. 2.

tanto 2) acerca de la idea de un posible rol positivo de la moral para el derecho, como también 3) sobre la pregunta de para cuál de las teorías iusfilosóficas se plantea la cuestión de la casación del derecho por la moral.

§ 1. *LA CASACIÓN DEL DERECHO POR LA MORAL*

Ejemplar para una conexión negativa entre el derecho y la moral es la fórmula de RADBRUCH. Ella manifiesta: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría ser solucionado a través de que el derecho positivo, asegurado por la promulgación y la fuerza, también tenga prelación cuando sea injusto e inadecuado en su contenido, a menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que la ley en cuanto ‘derecho incorrecto’ (*unrichtiges Recht*) tenga que retroceder ante la justicia [...] donde la justicia ni siquiera ha sido buscada, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, ha sido conscientemente negada en el establecimiento del derecho positivo, entonces la ley no solo es ‘derecho incorrecto’, sino que más bien carece totalmente de la naturaleza de derecho”⁶.

Esta fórmula se compone de dos fórmulas parciales: la fórmula de la insoportabilidad (*Unerträglichkeitsformel*) y la fórmula de la negación (*Verleugnungsformel*)⁷. Ella ha de examinarse con el trasfondo del concepto formal del derecho de RADBRUCH, que expresa: “nosotros resumimos la esencia del orden jurídico en que este es de naturaleza positiva y al mismo tiempo, normativa, social y general”⁸. La pregunta acerca de una contradicción “insoportable” entre el derecho positivo y la justicia o sobre una “negación consciente” de la justicia al promulgarse el derecho se encuentra desde el vamos referida solamente al derecho positivo.

⁶ RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en WOLF - SCHNEIDER, *Rechtsphilosophie*, p. 339 a 350. Reimpresión: RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, p. 89.

⁷ No es nada claro cómo se relacionan entre sí los presupuestos de ambas fórmulas parciales, mas ello no puede ser examinado en el marco de esta investigación. Sobre la fórmula de la insoportabilidad, conf. en particular, ALEXY, “A defence of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS (ed.), *Recrafting the rule of law-The limits of legal order*, p. 15 a 17; sobre la fórmula de la negación conf. en particular Funke, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs Verleugnungsformel*, p. 1 a 16.

⁸ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 124. Reimpresión: RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, p. 261.

Lo mismo vale para el argumento de la injusticia de ALEXY, que afirma: “la extrema injusticia no es derecho”⁹. Pues esta es la fórmula abreviada de ALEXY para una síntesis de la fórmula de RADBRUCH, que él elabora así: “las normas promulgadas correctamente y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”¹⁰.

Si una concepción tal del concepto del derecho y de la naturaleza del derecho puede convencer se encuentra discutido, mas ello puede no ser desarrollado en esta contribución. Antes bien son las consecuencias de las distintas teorías iusfilosóficas para la existencia y la validez del derecho las que deben permanecer en primer plano.

§ 2. **PÉRDIDA DEL CARÁCTER DE DERECHO O PÉRDIDA DE LA VALIDEZ JURÍDICA**

En la fórmula de RADBRUCH las dos fórmulas parciales tienen consecuencias jurídicas diferentes. Una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia conduce a la pérdida de validez, una negación consciente de la justicia –por el contrario– a una pérdida del carácter de derecho.

En ALEXY esa ordenación de las distintas consecuencias jurídicas se desdibuja significativamente. En su reconstrucción de la fórmula de RADBRUCH, luego de un breve análisis y de una interpretación subjetiva de la fórmula de la negación, explica que se va a referir sobre todo a la objetivamente elaborada fórmula de la insoportabilidad¹¹. En la síntesis ya citada de la fórmula de RADBRUCH por ALEXY son mencionados los presupuestos de la fórmula de la insoportabilidad, pero son sintetizadas las consecuencias jurídicas de ambas fórmulas parciales: “pierden su carácter de derecho o su validez jurídica” (*lose their legal character or their legal validity*)¹². Esto va a ser nuevamente expresado más brevemente a través del “no es derecho” (“*is no law*”)¹³.

⁹ ALEXY, *Die Doppelnatur des Rechts*, p. 398; conf. también, ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 17; asimismo, del mismo, *On the concept and the nature of law*, “Ratio Juris”, n° 21, p. 282. Con mayor amplitud, sobre el argumento de la injusticia, ALEXY, *Begriff und Geltung*, p. 70.

¹⁰ ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 17.

¹¹ ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 16.

¹² ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 17.

¹³ ALEXY, *Even shorter: Extreme injustice is no law*.

En sus explicaciones referidas al argumento de la injusticia (*Unrechtsargument*), ALEXY se apoya por lo común de manera estrecha en la fórmula de RADBRUCH. Eso oculta fácilmente que, con respecto a las consecuencias jurídicas de los defectos morales, existe una diferencia fundamental entre ambas; ALEXY se funda en un concepto del derecho no libre de validez y RADBRUCH –por el contrario– en un concepto del derecho libre de validez.

a) *CONCEPTOS DEL DERECHO LIBRE Y NO LIBRE DE VALIDEZ*. Con un concepto del derecho no-libre de validez, la validez jurídica es incluida *per definitionem* en el concepto de derecho o de norma jurídica¹⁴. Solo las normas jurídicamente válidas pueden ser “normas jurídicas”; en caso de carecer de validez, esas normas conceptualmente ya no serían “derecho”. Según un concepto del derecho libre de validez, la validez es una propiedad de las normas jurídicas que no es necesaria, sino posible. Las normas que *ya no* son válidas o que *todavía no* son válidas, son conceptualmente “normas jurídicas”. Conforme a ese concepto del derecho, el derecho válido supone, en primer lugar, los criterios del carácter jurídico de la norma en cuestión; y en segundo lugar, que la norma en cuestión satisfaga los criterios de la validez jurídica. Si la norma satisface los criterios del carácter jurídico, pero no los criterios de validez, se trata de una norma jurídica que empero no vale (actualmente). Si no satisface los criterios del carácter jurídico, la pregunta acerca de los criterios de validez jurídica –por el contrario– carece de sentido desde el arranque, pues solo una norma con carácter jurídico puede, a través de la satisfacción de los criterios de validez jurídica, llegar a ser derecho válido¹⁵.

b) *EL CONCEPTO DEL DERECHO LIBRE DE VALIDEZ DE RADBRUCH*. En sus obras principales RADBRUCH siempre había distinguido con claridad entre el “concepto” y la “validez” del derecho¹⁶. Decisivo para el concepto del derecho es su ya mencionado concepto formal del

¹⁴ Sobre la diferencia entre conceptos del derecho libres de validez y no-libres de validez, ver ALEXY, *Begriff und Geltung*, p. 44 y ss.; BOROWSKI, “Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch”, en BOROWSKI - PAULSON (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, p. 238.

¹⁵ RADBRUCH parece ir contra esta visión cuando le niega el carácter jurídico a actos individuales, pero a pesar de ello los considera “lícitos” (*zulässig*) es decir, “válidos” (*gültig*). Conf. al respecto BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 255.

¹⁶ En las obras principales se encuentra un capítulo respectivo referido al concepto y la validez del derecho, ver BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 239.

derecho. Solo las normas positivas, generales y sociales tienen carácter jurídico. Con ello los “criterios de validez” positivistas de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social ya son en RADBRUCH criterios para el carácter jurídico. Una exigencia adicional existe con el concepto material del derecho, que reza: “el derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho. El concepto del derecho está así orientado a la idea de derecho”¹⁷. Central para la idea de derecho es la justicia: “en realidad decidimos únicamente según el criterio de la justicia como fin (*bezweckte Gerechtigkeit*) si un mandato verdaderamente tiene naturaleza jurídica, si se corresponde con el *concepto* del derecho”¹⁸.

La “justicia como fin” está ausente en el caso de “negación consciente” de la justicia, por lo cual la consecuencia jurídica de la fórmula de la negación consiste en la ausencia de carácter jurídico. En contraposición, la fórmula de la insoportabilidad tiene su raíz en la teoría de la validez de RADBRUCH. Según la teoría desdoblada de la validez de RADBRUCH en la *Filosofía del derecho* del año 1932, el juez tenía que aplicar también las leyes extremadamente injustas, mientras que tales leyes perdían su validez para el ciudadano (incluso cuando este debía soportar la sanción jurídica)¹⁹. La modificación luego de la guerra consiste en que ahora las leyes extremadamente injustas pierden la validez también para el juez. Con ello, RADBRUCH defiende un concepto del derecho libre de validez, que tanto en el concepto del derecho (“la justicia como fin”) como también en el concepto de validez (no extremadamente injusto) establece una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

c) *EL CONCEPTO DEL DERECHO NO-LIBRE DE VALIDEZ DE ALEXY*. Este, por el contrario, explícitamente declara utilizar un concepto del derecho no-libre de validez: “para la explicación del positivismo es aconsejable elegir un concepto del derecho que incluya el concepto de validez”²⁰. Él fundamenta esto en esencia diciendo que de otra manera existiría el riesgo de una trivialización²¹. Ello acierta en

¹⁷ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 119.

¹⁸ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 168.

¹⁹ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 168. Conf. al respecto, BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 259 y siguientes.

²⁰ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 45.

²¹ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 45.

algo, pues de hecho puede pasarse por alto una relación necesaria entre el derecho y la moral, si esa relación radica en los criterios de la validez, pero el carácter jurídico de las normas es definido de manera “positivista”²².

d) **VALORACIÓN.** En principio se puede utilizar tanto un concepto del derecho libre de validez como uno no-libre de validez²³. El concepto del derecho no-libre de validez ciertamente plantea el problema de que –por ejemplo– “derecho romano” no puede ser caracterizado en un verdadero sentido como “derecho”, pues ciertamente sus normas, que ya no valen más, conceptualmente no son (más) “derecho”²⁴. Este problema lingüístico puede empero ser solucionado si se habla de un derecho antiguo, futuro o potencial, etcétera. Para el concepto del derecho libre de validez aparece el aludido peligro de no advertir la relación necesaria entre el derecho y la moral en los criterios de validez. Pero si se es consciente del peligro, el mismo queda conjurado. En la medida que apenas pueden darse argumentos concluyentes a favor o en contra de ambos conceptos del derecho, en definitiva existen dos posibles reconstrucciones de los criterios para la existencia de derecho válido.

RADBRUCH distinguía dos relaciones diferentes entre el derecho y la moral: por un lado, los criterios del carácter jurídico y, por otro lado, los criterios de validez, lo que para él hacía recomendable el concepto del derecho libre de validez. En contraposición, el argumento de la injusticia de ALEXY tiene una estructura más simple: el derecho positivo extremadamente injusto no es derecho vigente. Él puede dejar sin responder si ello se debe a la carencia de carácter jurídico o a la carencia de validez. Desde el punto de vista práctico esa diferencia no tiene ninguna importancia: el juez está vinculado al derecho válido. Si una norma no es derecho válido, él no está vinculado a ella –si la norma carece de carácter jurídico o de validez jurídica no tiene aquí ninguna importancia–.

²² O a la inversa, si desde una teoría “positivista” de la validez es inferida una completa concepción positivista, a pesar de presuponerse una conexión necesaria del derecho con la moral en los criterios del carácter jurídico –dicho en pocas palabras–, aquí radica el error decisivo de la “tesis de la conversión” acerca de la filosofía jurídica de RADBRUCH (conf. BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 240).

²³ Además de ALEXY utilizan un concepto del derecho no-libre de validez de Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 9; Ross, *Directives and norms*, p. 79; KOLLER, *Theorie des Rechts*, p. 109.

²⁴ En esa dirección ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 47 y 48.

§ 2. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA “CASACIÓN”

Quien con un concepto del derecho iusnaturalista según la fórmula de RADBRUCH o según el argumento de la injusticia, niega el carácter jurídico o la validez jurídica a determinadas normas del derecho positivo se encuentra con preguntas adicionales. ¿Está habilitado sin más cualquier ciudadano (*Rechtsunterworfen*) a ignorar normas de derecho positivo sancionadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces que él considere “extremadamente injustas”? ¿Está habilitada al respecto la Administración a pesar de su vinculación a la ley? ¿O la determinación está reservada a los tribunales o incluso a un único tribunal? Estas preguntas son bien conocidas a partir de la reconstrucción del control constitucional judicial de las leyes del Parlamento²⁵ y también se plantean para el derecho positivo extremadamente inmoral (*extrem moralwidriges positives Recht*).

Por cierto que existen dos diferencias: en primer lugar, que en el control de constitucionalidad de las leyes del Parlamento se trata de un conflicto entre dos distintos tipos de derecho positivo, y no de un conflicto entre el derecho positivo y la moral. En segundo lugar, una Constitución no solo contiene normas que transforman en derecho exigencias centrales de la moral. Por ello es que no en toda inconstitucionalidad existe necesariamente una injusticia extrema. Si una Constitución –como la *Grundgesetz*– protege adecuadamente la libertad y la igualdad jurídica y fáctica de los súbditos, en toda extrema injusticia también existirá una violación a un mandato constitucional. En la medida en que una extrema injusticia configura una “inconstitucionalidad”, una “casación” de una ley positiva extremadamente injusta puede llegar a tener lugar por la vía del control de constitucionalidad y de la declaración de nulidad.

Con ello el problema de la institucionalización de la casación del derecho extremadamente injusto no estará, sin embargo, completamente solucionado. No en todo sistema jurídico tiene que estar institucionalizado un efectivo control judicial de constitucionalidad para

²⁵ Sobre la visión alemana de la nulidad *ipso iure* y *ex tunc*, ver Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 72 y ss.; SCHLAICH - KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 288 y ss.; *La teoría de la anulabilidad ex nunc corresponde a la tradición austriaca fundada por Hans Kelsen y Adolf Julius Merkl*, p. 278.

la extrema injusticia, e incluso si lo está, puede fracasar tras la caída del sistema injusto²⁶.

En RADBRUCH se encuentran dos puntos de partida respecto de la cuestión de la competencia para la apelación a la extrema injusticia del derecho positivo. El primero se encuentra en su teoría de la validez, en la *Filosofía del derecho* del año 1932: “por lo general la conciencia individual considerará como más preocupante una violación del derecho positivo que el sacrificio de la propia convicción jurídica, pero pueden existir ‘leyes infames’ (*Schandgesetze*) a las cuales la conciencia les niegue obediencia”²⁷. Y poco antes: “la completa validez de todo el derecho positivo [...] puede afirmarse frente a todo individuo”²⁸. Estas formulaciones significan que todo ciudadano conforme a su decisión de conciencia está habilitado a calificar al derecho positivo como extremadamente injusto –con la consecuencia de que para él queda suprimida la validez de ese derecho–. Ello conduciría a una enorme inseguridad jurídica, que no puede ser aceptada²⁹. Las formulaciones citadas provienen de los fragmentos del concepto de validez desdoblado de RADBRUCH en su *Filosofía del derecho* de 1932, conforme al cual el juez también debe aplicar leyes positivas extremadamente injustas. Incluso cuando esas mismas leyes no tengan ninguna validez para el ciudadano, ellas “prueban” su “fuerza” frente a aquél³⁰. De esa manera, la pérdida de validez para el ciudadano, en RADBRUCH, se queda extrañamente sin consecuencias³¹.

²⁶ Esto lo ilustran en Alemania la decisión sobre ciudadanía (*Staatsangehörigkeitsbeschluss*) (BVerfGE 23, 98 y ss.) tras la caída del régimen nacionalsocialista, y las sentencias sobre los guardianes del Muro (*Mauerschützen*) (BGHSt 39, 1, ss.; 41, 101 y ss.; BVerfGE 95 y ss.; EGMR, EuGRZ 2001, 210 y ss.) tras la caída de la “República Democrática Alemana”.

²⁷ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 177 (RGA 2, 315; destacado omitido).

²⁸ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 177 (RGA 2, 315; destacado omitido).

²⁹ Conf. BOROWSKI, *Die Glaubens-und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, p. 554 y siguientes.

³⁰ *Radbruch, Rechtsphilosophie*, p. 178 y ss. (RGA 2, 316; destacado omitido).

³¹ Esta construcción por cierto que plantea interrogantes. Si la norma del derecho positivo en cuestión no tiene validez jurídica para el ciudadano, entonces ella no genera para él ningún deber jurídico. Cuando el Estado impone esa norma coercitivamente, ello se presenta desde la perspectiva del ciudadano como un ataque antijurídico contral el cual él podría hacer ejercicio de legítima defensa, etc.. Si se parte de un deber de aceptación del ciudadano, se plantea la cuestión de desde dónde ha de provenir ese deber, si la norma en cuestión no vale para él. Acerca del concepto del derecho desdoblado de RADBRUCH, ver también BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 259 y siguientes.

Completamente en la otra dirección se orienta la observación de RADBRUCH en su artículo de posguerra *Injusticia legal y derecho supralegal*: “No todo juez debería poder dejar de lado leyes por su cuenta, esa tarea debería antes bien quedar reservada a un tribunal superior o a la legislación”³². Dado que la legislación puede permanecer en la pasividad³³, en definitiva ello depende de un tribunal de máxima jerarquía en el cual esté centralizada la competencia para declaración de nulidad del derecho positivo extremadamente injusto.

Esa centralización tiene la ventaja de que con ella puede lograrse un máximo de seguridad jurídica. Se evitarían decisiones contradictorias de distintos tribunales acerca del problema de la extrema injusticia. La seguridad jurídica ya es un argumento decisivo para la determinación del umbral más allá del cual estamos en el campo de la extrema injusticia³⁴. De esa manera a través de la implementación de la casación de la extrema injusticia también se reducen al mínimo posible los costos para la seguridad jurídica. Una jurisdicción centralizada para la declaración de nulidad de la extrema injusticia requiere por cierto de la institucionalización en el respectivo sistema jurídico: la centralización determina que a los otros tribunales y órganos se los priva de la competencia en cuestión y que ellos en los casos de duda deben suspender el proceso y someter la cuestión al tribunal supremo. Esas cuestiones procesales, por su parte, necesitan una vez más la determinación a través del derecho positivo. La institucionalización de la competencia para la declaración de nulidad del derecho positivo extremadamente injusto como la forma que representa la menor pérdida de seguridad jurídica, se presenta así en definitiva como exigida por los mismos fundamentos que hablan en favor de la fórmula de RADBRUCH o del argumento de la injusticia.

§ 3. **LA CREACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL**

Aunque la relación negativa entre el derecho y la moral, en el sentido de la casación, se ubica en el centro de la discusión iusfilosófica, también se puede plantear el interrogante acerca de una posible relación positiva. Sorprendentemente, esta pregunta no ha sido

³² RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, p. 347 (RGA 3, 90).

³³ Conf. al respecto, ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 100.

³⁴ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 90 a 92.

considerada hasta ahora en ningún lado³⁵. En el marco de una contribución referida al positivismo incluyente, KENNETH EINAR HIMMA distingue ciertamente dos componentes de la tesis de la incorporación³⁶, que implican distintas clases de la dependencia de la validez jurídica de una norma de su corrección de contenido, a saber: el “componente de suficiencia” (*Sufficiency component*) y el “componente de necesidad” (*Necessity component*). El “componente de suficiencia” se corresponde con la ya expuesta relación negativa entre el derecho y la moral: “conforme al componente de necesidad, son conceptualmente posibles sistemas jurídicos en los cuales es una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida, que su contenido sea compatible con algún conjunto de normas morales. Así, el componente de necesidad le permite a la moral funcionar como un límite para el derecho promulgado”³⁷.

En contraposición puede pensarse en una relación positiva entre el derecho y la moral, que puede describirse como “creación” del derecho a través de la moral. En palabras de HIMMA: “de acuerdo al componente de suficiencia, son conceptualmente posibles sistemas jurídicos en los cuales es una condición suficiente para que una norma sea jurídicamente válida el que ella reproduzca el contenido de algún principio moral. El componente de suficiencia permite, entonces, que una norma no promulgada pueda ser jurídicamente válida en virtud de su contenido moral”³⁸.

³⁵ Fuera de las ciertamente escasas observaciones de KENNETH EINAR HIMMA, a cuya distinción ya se ha hecho referencia en el texto, la cuestión ha sido recientemente sometida a una amplia revisión por MICHAEL HERBERT en su tesis doctoral “Radbruchsche Formel und gesetzgeberisches Unterlassen. Eine philosophische und methodische Untersuchung”. Dicho brevemente, HERBERT argumenta en favor de que la fórmula de RADBRUCH sea desarrollada en el sentido de que también pueda quedar comprendida la abstención extremadamente injusta. Metodológicamente esto debería ser elaborado a partir del concepto de laguna legislativa. Un tratamiento más detenido de esta concepción excedería del presente marco.

³⁶ Según la tesis de la incorporación, característica del positivismo jurídico incluyente, pueden existir sistemas jurídicos en los cuales la validez jurídica de las normas sea independiente de su corrección de contenido: “Inclusive positivists subscribe to the Incorporation thesis, according to which there are conceptually possible legal systems in which the validity criteria include substantive moral norms” [HIMMA, “Inclusive legal positivism”, en COLEMAN - SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, p. 136].

³⁷ HIMMA, *Inclusive legal positivism*, p. 136 (se omite la anotación).

³⁸ HIMMA, *Inclusive legal positivism*, p. 136.

La pregunta acerca de una creación del derecho por la moral plantea toda una cantidad de interrogantes que en parte son bien complejos. En este marco solo pueden ofrecerse algunas observaciones para una primera orientación.

En primer lugar, es conveniente ubicar la distinción que hace HIMMA en el marco del positivismo jurídico incluyente, en el contexto de la iusnaturalista fórmula de RADBRUCH. Que la cuestión de la abstención extremadamente injusta del legislador en el contexto de la fórmula de RADBRUCH hasta ahora no haya encontrado ninguna consideración obedece a que una discusión de esa cuestión no ha sido planteada adecuadamente a través de los correspondientes casos.

En segundo lugar, la fórmula de RADBRUCH no permite comprender el “componente de suficiencia” en el sentido de HIMMA. Una “norma no-promulgada” no es derecho positivo, y según el concepto del derecho formal de RADBRUCH, que constituye el *background* (HINTERGRUND) de su fórmula, solo las normas positivas pueden ser “derecho”. Quien quiera comprender la abstención del legislador a través de la fórmula de RADBRUCH, debe para eso ampliar la fórmula.

En tercer lugar, si y bajo qué condiciones la abstención del legislador resulta extremadamente injusta depende de la teoría de la justicia mejor justificada. En el centro de esa teoría se encuentran los derechos humanos. La discusión de dogmática de los derechos fundamentales acerca de los derechos fundamentales de protección y de los derechos sociales fundamentales ha demostrado que los derechos fundamentales también tienen un aspecto positivo, que bajo determinadas circunstancias impone en todo caso deberes de legislar. Dado que los derechos fundamentales pretenden objetivamente transformar en derecho los derechos humanos en cuanto derechos morales³⁹, la faz positiva de los derechos fundamentales indica que en los casos más extremos siempre existe un deber moral de proteger los derechos fundamentales a bienes de protección y de prestar ayuda social. Por cierto que el Estado típicamente tiene una facultad amplia acerca de si, cómo, cuánto y de qué forma ha de proporcionar protección o una prestación especial, con lo cual los deberes de acción son comparativamente raros. En vista de esto es que la abstención de una determinada acción de promoción solo puede ser considerada como extremadamente injusta bajo muy especiales circunstancias.

³⁹ ALEXI, “Grundrechte”, en *Enzyklopädie Philosophie*, p. 950; BOROWSKI, *Gewissensfreiheit*, p. 94.

En cuarto lugar, la distinción entre hacer y dejar de hacer se presenta como compleja y ambigua, por mencionar aquí solo la distinción formal y material entre hacer y dejar de hacer⁴⁰. Esto se volverá más complicado con los derechos de igualdad, que pueden dar pie a pretensiones de otorgamiento de trato preferente que ocultan violaciones a la igualdad, y de defensa de cargas impuestas de manera desigual.

En quinto lugar, la cuestión de la igualdad, que tiene especial importancia para la concepción radbruchiana de la justicia⁴¹, demuestra precisamente que una reconstrucción completa del problema de la creación del derecho a través de un mandato extremadamente injusto también exige una reconstrucción completa de la fórmula de la negación –la negación de la justicia en RADBRUCH es esencialmente la negación de la igualdad–.

§ 4. **CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL IUSNATURALISMO Y EN EL IUSPOSITIVISMO**

La eliminación del derecho positivo a través de la extrema injusticia ha sido vista, en la discusión acerca del concepto del derecho, como característica de la fórmula de RADBRUCH o del argumento de la injusticia. En vista de ello podría surgir la impresión de que una teoría iusnaturalista debería partir de una relación así, y que a los iuspositivistas nunca se les plantearía tal problema. En una mirada más certera, ambas suposiciones se presentan como falsas.

§ 5. **EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO**

Dentro del positivismo jurídico son defendidas distintas posiciones básicas, el positivismo jurídico excluyente y el incluyente.

a) *POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE*. Según el positivismo jurídico excluyente, los criterios morales para la existencia o la validez del derecho no son necesarios ni posibles. La imposibilidad de criterios morales se deriva de que el derecho, conforme a su naturaleza

⁴⁰ Acerca de esta distinción, conf. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 210 y siguientes.

⁴¹ Conf., solamente, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 120 (RGA 2, 258): "justicia [...] significa igualdad".

—en cuanto fenómeno fundado a través de hechos sociales— no puede hacerse depender⁴² de la moral crítica⁴³. Para esta variante del positivismo jurídico, el planteo de la pregunta de esta contribución, la eliminación o la creación del derecho por criterios morales es irrelevante desde el principio.

b) *POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE*. Distinto se ve esto desde la perspectiva del positivismo jurídico incluyente, según el cual los criterios morales para la existencia o la validez del derecho, si bien no son necesarios, son sin embargo posibles⁴⁴. No es por casualidad que HIMMA haya desarrollado su diferenciación entre “componente de necesidad” y “componente de suficiencia” en el marco de su exposición del positivismo jurídico incluyente. Si esta relación entre el derecho y la moral existe en un determinado sistema jurídico, y qué forma y fuerza asume, se determina conforme a las contingentes decisiones correspondientes a los criterios de validez en ese sistema jurídico.

§ 6. *EL IUSNATURALISMO Y LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO*

No es raro que las teorías iusnaturalistas o no-positivistas sean caracterizadas señalándose que ellas necesariamente niegan la validez o existencia al derecho positivo en el caso de un defecto moral relevante⁴⁵. Esta caracterización es demasiado estrecha.

a) *FORMAS DE RELACIÓN NECESARIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL*. Como se dijo al comienzo de este trabajo, una teoría iusnaturalista se caracteriza a través de la vinculación necesaria del derecho con la

⁴² RAZ, *The authority of law*, p. 47; MARMOR, “Exclusive legal positivism”, en COLEMAN - SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, p. 104 a 124.

⁴³ La distinción entre iusnaturalismo y positivismo sería trivializada si una vinculación necesaria en el sentido de la tesis iusnaturalista de la vinculación significase una relación entre el derecho y la moral positiva. Por “moral positiva” se entiende las concepciones morales que de hecho imperan en un grupo determinado en un tiempo determinado (también un hecho social), mientras que la moral crítica solo se caracteriza por su fundamentabilidad y porque puede ser invocada contra las concepciones morales realmente imperantes en cada grupo. Sobre la diferencia entre moral positiva y crítica, ver en particular, HART, *Law, liberty and morality*, p. 17 y siguientes.

⁴⁴ COLEMAN, *The practice of principle*, p. 103 ss.; conf. HART, “Postscript”, en HART, *The concept of law*, p. 250 y siguientes.

⁴⁵ Conf., por ejemplo, Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, p. 442.

moral. Una posición según la cual los criterios morales son necesarios para la identificación del derecho válido, parte de esa vinculación. Ciertamente que existen otras formas de vinculación necesaria relevante entre el derecho y la moral, que no se ajustan a los criterios morales para determinar la existencia o la validez del derecho.

Así, por ejemplo, ALEXY parte de que la pretensión de corrección del derecho justificaría una “conexión calificante” entre derecho y moral, según la cual el derecho inmoral sería jurídicamente defectuoso, sin perder la existencia o validez⁴⁶. Él ha precisado⁴⁷ la tesis iusnaturalista de la vinculación por la vía de señalar que también la conexión meramente calificante conduce a una posición iusnaturalista⁴⁸. Emparentada con la conexión calificante de ALEXY se encuentra la distinción de FINNIS entre “casos centrales del derecho” (*central cases of law*) y “casos periféricos del derecho” (*peripheral cases of law*), es decir, el “significado focal” (*focal meaning*) y el “significado secundario” (*secondary meaning*)⁴⁹.

Por lo demás, una conexión necesaria entre el derecho y la moral puede anclarse en la naturaleza del derecho. Si se ve en el derecho un medio para la satisfacción de la moral, y se considera a la seguridad jurídica como una exigencia de la moral⁵⁰, entonces con la seguridad jurídica existe un argumento moral para hacer que la existencia o validez del derecho no dependa de la corrección de su contenido. En esa medida puede existir una relación necesaria relevante entre el derecho y la moral incluso más allá de los criterios morales para la corrección o la validez del derecho⁵¹.

⁴⁶ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 49; “The nature of arguments about the nature of law”, en MEYER - PAULSON - POGGE (eds.), *Rights, culture, and the law. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*, p. 15; *Some reflections on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis*, “American Journal of Jurisprudence”, n° 58, p. 104.

⁴⁷ ALEXY, *Some reflections*, p. 98.

⁴⁸ There is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other (ALEXY, *Some reflections*, p. 98).

⁴⁹ Conf., en particular, FINNIS, *Natural law and natural rights*, p. 364.

⁵⁰ Conf. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 178, reimpreso en RGA 2, 9-204 (170): “Sería indispensable poner en relación a la seguridad jurídica con la justicia, integrarla en un ideal omnicomprendivo de la justicia, entenderla a ella misma como exigencia de la justicia en un sentido amplio”.

⁵¹ Conf. también, ELLScheid, “Strukturen naturrechtlichen Denkens”, en HASSEMER - NEUMANN - SALIGER (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechts-*

b) *LA CONEXIÓN CALIFICANTE Y LA VALIDEZ JURÍDICA*. Para concluir debe mirarse más detenidamente la conexión calificante. Ya se ha dicho que Alexy destaca que la conexión calificante no afecta la validez del derecho calificado como defectuoso. Para las normas que son moral –y con ello, también jurídicamente– defectuosas, esto significa que el defecto no obsta a su validez: “no afecta su validez”⁵². Esto podría ser entendido entonces en el sentido de que un defecto moral –en el sentido de la conexión calificante– nunca puede conducir a la eliminación del derecho positivo, y con ello no detenta ninguna significación para la existencia y la validez del derecho.

c) *LA SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA DEL DEFECTO JURÍDICO MORALMENTE JUSTIFICADO*. ALEXY postula no solo una significación teórica de la conexión calificante, sino también una práctica: esa conexión sería “de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal del derecho, y ello no solo por razones teóricas, sino también *por razones prácticas por su naturaleza*”⁵³. La significación práctica la ilustra con ayuda del siguiente argumento: “Si el defecto fuese meramente moral, sería difícil explicar por qué un tribunal superior –independientemente de lo que diga el derecho positivo– tiene la competencia jurídica para dejar sin efecto la decisión injusta de un tribunal inferior en un caso en el cual esa decisión injusta es tan compatible en todas sus partes con el derecho positivo como lo sería una decisión justa”⁵⁴.

Esa argumentación apunta al ámbito de apertura⁵⁵ del derecho positivo. Ese es el ámbito de las interpretaciones posibles que quedan luego de la aplicación de los cánones de la interpretación. Todas esas interpretaciones son compatibles con el material positivizado. Con la conexión calificante ahora se puede –tal podría ser la idea de ALEXY– decidir dentro de la clase de las interpretaciones posibles según el derecho positivo, entre las interpretaciones moralmente defec-

theorie der Gegenwart, p. 147. El “pensamiento iusnaturalista no estaría limitado al problema de la nulidad de las normas legisladas, como quizás era típico en la época de la posguerra, en el cual el problema de la injusticia legal estaba arriba de la mesa”.

⁵² ALEXY, *Some reflections*, p. 104. Concordantemente se dice en otras publicaciones que las normas defectuosas “pueden ser normas jurídicas” (ALEXY, *Begriff und Geltung*, p. 49), es decir, *might well nevertheless count as legal norms*” (ALEXY, *Nature*, p. 15).

⁵³ ALEXY, *Some reflections*, p. 104.

⁵⁴ ALEXY, *Some reflections*, p. 104.

⁵⁵ *Comp. open texture of law* de HART, *The concept of law*, p. 124 y siguientes.

tuosas y las que no lo son. Dado que, según la conexión calificante, las normas o decisiones moralmente defectuosas también son jurídicamente defectuosas, las interpretaciones compatibles con el material positivizado pueden considerarse antijurídicas por la sola razón de su “defectuosidad” (*Fehlerhaftigkeit*) moral. Esta interesante reconstrucción permite de hecho la diferenciación entre “antijuridicidad por falta de compatibilidad con el material positivizado” y “antijuridicidad por la sola razón de la defectuosidad moral”. El argumento ahora dice: sin la conexión calificante sería difícil de explicar que consideremos habilitado a un tribunal superior a dejar sin efecto una decisión injusta de un tribunal inferior a pesar de que su decisión injusta sea tan compatible con el material positivizado como una decisión justa.

d) *EL ARGUMENTO DE LA DECISIÓN INICIAL ANTIJURÍDICA POR LA SOLA RAZÓN DE SU INJUSTICIA Y EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE*. Este argumento, ante todo, se apoya sobre una serie de presupuestos. En primer lugar la significación práctica presupone que exista un tribunal superior. La existencia de instancias sucesivas es una característica típica de los modernos sistemas jurídicos, pero no es sin más una nota necesaria para la existencia de sistemas jurídicos. Las instancias sucesivas son institucionalizadas a través del derecho positivo, y con ello su existencia es en rigor contingente.

En segundo lugar, que también se encuentre establecido en el derecho positivo bajo qué condiciones los tribunales superiores están habilitados a dejar sin efecto decisiones de tribunales inferiores. Eso puede ser la revocación en casos de *antijuridicidad* de la decisión anterior (a lo cual apunta ALEXY con el argumento de la decisión anterior que es antijurídica por la sola razón de su injusticia), pero el derecho positivo también podría limitar la habilitación a la *antijuridicidad fundada sobre una incompatibilidad con el material positivizado*. Tampoco quedaría excluida una habilitación para el caso de *antijuridicidad o injusticia*. Si la existencia de un tribunal superior, al igual que su poder jurídico, es una cuestión contingente de derecho positivo, esto también podría valer para la cuestión de qué rol juega la injusticia en ese poder jurídico. Entonces el poder jurídico de un tribunal superior, de revocar decisiones injustas de tribunales inferiores, podría ser explicado tanto sobre la base del positivismo incluyente como sobre la base de la teoría iusnaturalista de ALEXY⁵⁶.

⁵⁶ En esa medida sería ciertamente no “difícil de explicar” (ver *supra*, sección aa) sin la iusnaturalista conexión calificante..

e) *LA REVOCACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL Y LA VALIDEZ JURÍDICA.*

En la revocación de una decisión judicial se encuentra necesariamente, además, la revocación de una norma individual. La teoría pura del derecho ha expuesto que también los actos individuales de la Administración y de la jurisprudencia son objetos normativos en el sentido de normas individuales⁵⁷. Esto significa que ALEXY no puede pretender al mismo tiempo que los tribunales superiores estén necesariamente habilitados a revocar las decisiones de los tribunales inferiores por la sola razón de su injusticia, y que ello no afecte la validez de las normas. Siguiendo su argumentación relativa al necesario poder jurídico de los tribunales superiores para revocar las decisiones de los tribunales inferiores, ello implica la habilitación de tribunales superiores, que invalidan las normas individuales establecidas por los tribunales inferiores y en su lugar establecen nuevas normas individuales. Ello es una conexión más débil que, por ejemplo, una nulidad de pleno derecho de normas positivas según el argumento de la injusticia, pero es una conexión –necesaria, según ALEXY– que relativiza la validez jurídica de las normas jurídicas al habilitarse a un órgano para que, bajo determinadas circunstancias, elimine esas normas jurídicas.

Esta conexión tampoco está necesariamente limitada a normas individuales. El argumento de la decisión inferior antijurídica por la sola razón de su injusticia puede ser extendido a las normas generales, pues por lo común los tribunales están habilitados bajo determinadas circunstancias al control de normas conforme al criterio de la antijuridicidad. Entonces el argumento de ALEXY puede ser extendido a las normas generales antijurídicas por la sola razón de su injusticia. Aparecería así una habilitación necesaria de los respectivos tribunales para eliminar normas injustas (que se entienda bien: no solo extremadamente injustas), siempre en el ámbito de apertura del derecho positivo, que conforma el criterio de control.

Todo esto puede ser investigado más exhaustivamente. Pero incluso así debería quedar en claro que a la significación práctica que ALEXY pretende para la conexión calificante, está vinculada una habilitación para la eliminación del derecho. En vista de eso, la tesis de que esa conexión no afectaría la validez jurídica resultaría difícil de ser mantenida.

⁵⁷ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 242.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT, "A defence of Radbruch's Formula", en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the rule of law-the limits of legal order*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 1999.
- *Begriff und Geltung*, n° 1, "Aufl. der Studienausg", 2011.
- *Die Doppelnatur des Rechts*, "Der Staat", n° 50, 2011, p. 389 a 404.
- "Grundrechte", en *Enzyklopädie Philosophie*, 2ª ed., H.-J. Sandkühler (Hg.), Hamburg, 2010.
- *On the concept and the nature of law*, "Ratio Juris", n° 21, 2008, p. 281 a 299.
- *Some reflections on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis*, "American Journal of Jurisprudence", n° 58, 2013, p. 97 a 110.
- *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1996.
- "The nature of arguments about the nature of law", en MEYER, LUKAS H. - PAULSON, STANLEY L. - POGGE, THOMAS W. (eds.), *Rights, culture, and the law. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- BOROWSKI, MARTIN, "Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch", en BOROWSKI, MARTIN - PAULSON, STANLEY L. (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr Siebeck, 2015.
- *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006.
- BOROWSKI, MARTIN - PAULSON, STANLEY L. (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr Siebeck, 2015.
- COLEMAN, JULES, *The practice of principle*, Oxford 2001.
- COLEMAN, J. - SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, 2002.
- DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the rule of law-the limits of legal order*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 1999.
- ELLSCHIED, GÜNTER, "Strukturen naturrechtlichen Denkens", en HASSEMER, W. - NEUMANN, U. - SALIGER, F. (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., Heidelberg, 2016.
- FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, 2ª ed., Oxford, 2011.
- FUNKE, ANDREAS, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs Verleugnungsformel*, ARSP, n° 89, 2003, p. 1 a 16.
- HART, HEBERT, *Positivism and the separation of law and morals*, "Harvard Law Review", n° 74, 1958, p. 593 a 625.
- *The concept of law*, 3ª ed., Oxford, 2012.
- *Law, liberty, and morality*, Oxford, 1963.
- HASSEMER, W. - NEUMANN, U. - SALIGER, F. (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., Heidelberg, 2016.
- HIMMA, KENNETH E., "Inclusive legal positivism", en COLEMAN, J. - SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford 2002.
- IPSEN JÖRN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980.
- KELSEN, HANS, "Das Problem der Gerechtigkeit", en *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien 1960.
- *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960.

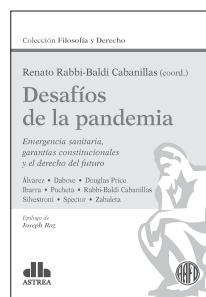
- KOLLER, PETER, *Theorie des Rechts*, 2ª ed., Wien - Köln - Weimar, 1997.
- MARMOR ANDREI, “Exclusive legal positivism”, en COLEMAN, J. - SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, 2002.
- MEYER, LUKAS H. - PAULSON, STANLEY L. - POGGE, THOMAS W. (eds.), *Rights, culture, and the law. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en WOLF, ERIK - SCHNEIDER, HANS-PETER (eds.), *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., Stuttgart, K. F. Koehler, 1973.
- RAZ, JOSEPH, *The authority of law*, 2ª ed., Oxford, 2009.
- ROSS, ALF, *Directives and norms*, London 1968.
- SCHLAICH, KLAUS - KORIOTH, STEFAN, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10ª ed., München, 2015.
- WOLF, ERIK - SCHNEIDER, HANS-PETER (eds.), *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., K. F. Koehler, Stuttgart, 1973.

RESEÑAS

LIBRO

***RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO (coord.),
Desafíos de la pandemia. Emergencia
sanitaria, garantías constitucionales
y el derecho del futuro
(Buenos Aires, Astrea, 2021)****

MANUEL L. SOLAR*



El sars-cov-2 (covid) ha puesto en jaque todas las relaciones humanas desde finales del 2019. Vivenciamos no solo el traspaso a la virtualidad de la mayoría de nuestras actividades cotidianas, sino que soportamos su suspensión, reducción y detenimiento en el tiempo, a raíz de las medidas tomadas por los diferentes Estados. El derecho no ha quedado exento de todo el cúmulo de problemáticas que se suscitaron a partir de su aparición. La obra coordinada por el profesor RABBI-BALDI CABANILLAS nace colectivamente como un análisis de ellas, al cabo de una serie de diálogos organizados por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD), durante junio del 2020.

Pasando por un “Estudio introductorio” sobre el objetivo y estructura del libro, nos encontramos una división en tres partes: la primera, versará sobre “Aspectos bioéticos de la pandemia” y contendrá dos capítulos. El capítulo I, “*Sociabilidad y subsidiariedad en tiempos de pandemia*”, correspondió a LEONARDO L. PUCHETA, para quien el personalismo será central en las ideas de defensa de la vida física, la inviolabilidad de la persona y la relación libertad-responsabilidad. El principio de sociabilidad, es decir, la idea de que la persona está abierta hacia la sociedad, traerá un triple compromiso,

* Abogado (UBA). Webmaster y ayudante de segunda en la asignatura Teoría General del Derecho dictada en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: manuelsolar@derecho.uba.ar.

necesario en la priorización de la vida humana: uno *individual* (la vida de la propia persona), uno *horizontal* (el ser humano respecto de los semejantes) y, el tercero, *vertical* (la sociedad respecto de la vida y salud de cada persona). Lo anterior es vinculado a las diversas medidas a propósito de la propagación del covid, las cuales parecen no solo reflejar los compromisos enumerados, sino también enfatizar en rol del sistema de salud pública, en el cual el autor encuentra el principio de subsidiariedad que inspira su análisis.

El capítulo II, “*La pandemia, o el rescate de la ‘persona’*”, a cargo de RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, releva cómo las diferentes normas dictadas a nivel nacional e internacional referidas al covid han puesto su fundamento en la persona humana, su protección y respeto, considerando el agravamiento de su propia vulnerabilidad dentro de la situación sanitaria. Esto lo lleva a realizar un paralelismo con los principios clásicos de la bioética, formulados en Estados Unidos por vez primera en 1974, hilvanándolos con las distintas tensiones que generan las medidas estatales como, por ejemplo, la afectación de la autodeterminación por sobre el curso de los actos; la priorización de quienes requieren “mayores cuidados” ante la asignación de recursos médicos; la atención médica del ciudadano que evite que “se produzcan graves inequidades asistenciales”; la disposición y experimentación en humanos, entre otros.

La Parte Segunda girará en torno a cuatro capítulos sobre “La libertad en el laberinto de la pandemia”. HORACIO SPECTOR se encarga de trabajar el “Paternalismo y estado de excepción sanitario”, aludiendo, en primera instancia, a la afirmación de que las medidas gubernamentales propuestas a raíz del covid (sobre todo, las referidas a los confinamientos), configuran un *estado de excepción sanitario* limitado por los mandatos constitucionales que rigen en la materia. En consecuencia, realza la figura del paternalismo estatal –y sus matices–, junto con la clásica rivalidad entre autonomía individual e intervención estatal (más o menos rígida), a la luz de los acontecimientos globales. Por último, invitará a pensar la posibilidad de intervenciones estatales que surgen como “una forma de proteger la propia libertad positiva del sujeto interferido” (paternalismo libertario positivo) que, en el escenario actual, pueden resultar de especial debate en cuanto a su beneficio o provecho.

Seguidamente, MARIANO H. SILVESTRONI realiza una “*Crítica sustantiva a la ‘cuarentena’ argentina a partir de la especialidad de los derechos fundamentales*”, la que comienza aseverando que

las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria decretadas por el PEN (y sus sanciones penales) adolecen de vicios sustantivos constitucionales, denotando una disrupción con el orden supremo vigente. Retomando a SPECTOR, el autor traza un estudio crítico entre el instituto de la “ponderación” (que entiende es la fundamentación que pretende dársele a las medidas objeto de análisis) y el “principio de especialidad” (del neoconstitucionalismo garantista de FERRAJOLI), que revisten los derechos puestos en crisis y que, únicamente, podrían ser recortados mediante la declaración del Estado de sitio por el órgano parlamentario, cuestión que no ha sucedido en nuestro país.

En el capítulo V, ELINA IBARRA trata el tema “*Desobediencia civil y emergencia*” y su posible repercusión en el plano nacional a colación de las diversas manifestaciones políticas (públicas y privadas) tendientes a deslegitimar o contrariar las medidas sanitarias impuestas por el Estado nacional. Para arribar a tal encuadre, la autora explicita, siguiendo en gran parte a RAWLS, los elementos configuradores de la desobediencia civil (comparándola con la desobediencia criminal o común) y cómo aquella, *contrario sensu* de ser un ataque directo a la democracia, se erige como una pieza clave de su funcionamiento. Sin embargo, advierte, con relación a esas manifestaciones que analiza, que “la práctica de la desobediencia civil no significa la lucha por la libertad a cualquier precio” y, con ello, contrasta si los hechos acaecidos responden simplemente a una violación normativa (con o sin violencia), a una desobediencia criminal o, efectivamente, a la preciada desobediencia civil.

Al final de esta parte, DANIELA ZABALETA pregunta: “*¿Existe el derecho a negarse a la vacunación? Reflexiones a partir del descubrimiento de una vacuna contra el covid-19*”. Para ello, realiza un recorrido histórico de los primeros movimientos “antivacunas”, y expone cuáles resultan, hoy en día, los argumentos más fuertes tanto para negarse a la inoculación, como para afirmar que ella ha sido provechosa, tanto individual como colectivamente, cuando se impone en forma masiva. Asimismo, considera que existen tres argumentaciones comunes a ambas posturas: una jurídica (relativa a la autonomía de la voluntad y disposición del propio cuerpo, junto con la elección del “plan de vida” de las familias), una científico-médica (eficacia e inmunidad de las vacunas, potenciales riesgos, etc.) y una ética (sobre el sistema de creencias religiosas de los individuos). Evidentemente, el tema cruza una tensión argumentativa intensa en pos de resaltar la posible y potencial colisión de de-

rechos considerados fundamentales y sus derivadas afectaciones a terceros.

En la Parte Tercera, tres autores trabajan el tópico “Pandemia y perplejidad: ¿cuál será el derecho del mañana?”. El capítulo VII corresponde a M. ISOLINA DAVOBE con “*Virus gordos, éticas flacas: la culpa no la tiene el pangolín*”; esencialmente con tres enfoques claros a revisar: el primero, la acentuación de la adjudicación que proviene de la naturaleza (en contraposición a la generada por las personas), con motivo del covid. El segundo, las tensiones de la pospandemia entre la “realidad culturalmente construida” y la “planificación jurídica” de la ciencia (como “salvadora” o “creadora de soluciones” a la pandemia). Por último, no menos importante, la concentración cuasi monopólica de las fuentes del derecho a raíz del “estado de excepción” ocasionado por el virus, que pone en peligro la esencia misma de nuestra Constitución “versus” la innegable constitución valorativa de la igualdad y la justicia dentro del mundo jurídico.

“*Sobre el futuro presente*” trata el capítulo VIII en el que JORGE E. DOUGLAS PRICE profundiza cuestionamientos filosóficos clásicos a partir de la crisis mundial del covid, relativos a la idea de finitud y, con ella, la noción de tiempo a través del repaso de autores como LUHMANN y KOSELLECK. Esto lo llevará a indagar si es posible “hacer algo” para “solucionar” la pandemia y si, desde esta perspectiva, el derecho resulta un contribuyente a la idea de riesgo (ocasionando un daño derivado de una decisión) en lugar de profundizar la seguridad y certidumbre, hasta preguntarse si el derecho será capaz (si es que debe) de sobrevivir a esta o futuras crisis.

Para culminar con la Parte Tercera, LUCIANA ÁLVAREZ se adentra en “*Hacer cosas sin palabras. Una explotación del silencio como gesto filosófico*”, considerando al silencio como una forma de resistencia ante una situación donde todo se envuelve en la urgencia. El *silencio inoperoso* (tomando a AGAMBEN y ARISTÓTELES en el distingo potencia-acto) será la forma pensada por la autora, que tiende a evitar la búsqueda de “decir algo” que refleje cierto grado de autoridad frente a lo desconocido, aquello que nos ha sacado de foco y en lo que el derecho encontraba una cierta lectura de la realidad precedente. Lo anterior no implica una destrucción de los mecanismos que ligan un cuerpo a una función, sino la liberación de potencialidades que permitan un uso distinto, por lo que la filosofía supondrá tomar una posición política en el mundo resistiendo mediante ella.

De forma transversal con lo hasta aquí reseñado, se ha agregado un Epílogo del honorable JOSEPH RAZ, puntualizando en “*Reflexiones de la pandemia*” lo que nos espera como seres humanos en el mundo “pospandémico”. Así, el autor deja abierta la pregunta sobre si volveremos al estado anterior o la experiencia de la pandemia –traumática, por sobre todas las cosas– producirá cambios (mejores o peores) a largo plazo. Para no develar mayores conclusiones reflexivas en este brillante cierre a la obra, nos limitaremos a decir que el autor comenta tres puntos importantes a la hora de juzgar “viejas-nuevas” prácticas sociales: la cooperación internacional (como refuerzo de los lazos entre naciones), las libertades individuales (afirmando que “no son gratuitas, que tenemos que pagar un precio por tenerlas”), y la democracia junto con la “autoridad” de la ciencia (especialmente, evitar la injerencia de la política sobre esta última).

Como se anticipó, esta obra tiene por finalidad la exposición de distintas problemáticas entrelazadas en los mundos del derecho, la filosofía y la política. Es destacable cómo los autores han logrado encontrar la forma no solo de evidenciar y profundizar los impactos de la pandemia en nuestras vidas, sino también abrir o resurgir interrogantes sobre los modos de actuar de los seres humanos frente a aquellos eventos que escapan totalmente de su control y conocimiento, pero que requieren de su inmediata intervención en pos de evitar mayores males. Será esencial, entonces, continuar con el análisis crítico del “día a día” del mundo pospandémico, con el propósito de mantener actualizado el debate que el trauma del virus nos ha puesto sobre la mesa.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista Ideas & Derecho publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista Ideas & Derecho tiene como base la norma internacional ISO 690:12ª ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³, ...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la biblio-

grafía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) Libros

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *Filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apelli-

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una *frase* que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

do/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEXY, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, “Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid”, año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en: <http://www.aafder.org/>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet**En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, “Ageing International”, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, “Observatorio del desarrollo”, vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, “Ageing International”, sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

f) *Congresos, conferencias, simposios u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o “paper”: apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o “paper” (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase “presentada en” (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc., antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) Jurisprudencia

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial (ver Anexos 5 y 6 respectivamente).

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) Legislación

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto, etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. MODO DE REMISIÓN

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. CORREO ELECTRÓNICO

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.

