

Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes:
Algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal
y representación de la atrocidad masiva

Esteban Restrepo Saldarriaga *

La idea de explorar las relaciones entre el derecho penal y la representación de eventos de atrocidad masiva surgió durante el año 2012 con ocasión del trámite en el Congreso de la República del denominado “Marco jurídico para la paz”, una reforma constitucional que introdujo en la Constitución de Colombia mecanismos de “justicia transicional” para alcanzar la paz con grupos armados al margen de la ley. Así, el Acto legislativo N° 1 de 2012 agregó un artículo transitorio (el 66) al texto constitucional, en el que se establece, entre otras cuestiones, que “[l]os instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”, todo ello garantizando “en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

Lo interesante de la reforma es que estos principios generales son concretados en directivas que, en lo fundamental, tienen que ver con la organización del aparato judicial para la persecución, investigación y sanción de delitos de atrocidad masiva (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). A efectos de desarrollar los temas que tocaré en este ensayo, de los diversos aspectos a que se refiere el acto legislativo me interesa enfatizar, por una parte, la idea de que una ley estatutaria podrá establecer

* Profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, DC, Colombia.

“instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o *extra-judicial* que permitan *garantizar los deberes estatales de investigación y sanción*” (el énfasis es mío) y, de otro lado, el principio de que “[t]anto los *criterios de priorización como los de selección* [en el ejercicio de la acción penal] son *inherentes* a los instrumentos de justicia transicional” (el énfasis es mío). Con posterioridad, la reforma desarrolla esta última directiva y señala que “[s]in perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, podrá expedirse una ley estatutaria que, para hacer efectivos los objetivos de la justicia transicional, entre otras medidas, determine “criterios de selección que permitan *centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables* de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” y “[autorice] *la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados*” (el énfasis es mío).¹

I.

El “Marco jurídico para la paz” fue expedido después de casi siete años de vigencia de la denominada Ley de justicia y paz,² expedida tras la desmovilización de las Autodefensas

¹ Por una parte, la determinación legislativa de los criterios de selección “tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos”. De otro lado, los tratos penales especiales que establezca la ley sólo procederán si se cumplen condiciones tales como “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

² De modo muy general, la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) permite que los miembros desmovilizados de grupos armados al margen de la ley (guerrillas y grupos paramilitares) sean condenados a una pena alternativa máxima de ocho años de prisión a cambio de su contribución “a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización” (artículo 3). Aunque esta ley ha sido aplicada fundamentalmente a miembros de las AUC, algunos pocos miembros de las FARC que han decidido dejar este grupo guerrillero se han acogido a sus beneficios.

Unidas de Colombia (AUC), y cuya aplicación arroja resultados que distan de ser ideales en términos de persecución y castigo del número de paramilitares responsables de la comisión de delitos de atrocidad masiva. Mientras que casi todos los grandes jefes paramilitares han sido extraditados a los Estados Unidos por conductas relacionadas con tráfico de estupefacientes, los tribunales de justicia y paz sólo han producido aproximadamente once sentencias condenatorias de algunos mandos medios de las AUC. Las dificultades políticas, logísticas y técnicas que implica perseguir esta clase de delitos y perpetradores, puestas de presente por la implementación de la Ley de justicia y paz, condujeron, sin duda, a que la reforma constitucional del 2012 señalara la idea de que, en contextos de justicia transicional, es posible (1) seleccionar y priorizar ciertos casos, (2) centrar los esfuerzos de persecución y castigo en los máximos responsables de todos los delitos de atrocidad masiva, y (3) renunciar, de manera condicionada, a la persecución penal de todos los casos no seleccionados. Así, mientras que la Ley de justicia y paz parece partir de una premisa conforme a la cual debe investigarse y castigarse a *todos* los perpetradores de delitos de atrocidad masiva, el “Marco jurídico para la paz” se funda en un conjunto de ideas que parece apuntar a un ejercicio más estratégico y eficiente de los deberes estatales de persecución y castigo penal que determinaría que, bajo ciertas condiciones, *no todos* los responsables de esta clase de delitos sean perseguidos y castigados.

Lo anterior revela una oscilación entre dos concepciones del castigo penal en los procesos de justicia transicional. En tanto la Ley de justicia y paz parece fundarse en una visión *maximalista* del castigo penal, el “Marco jurídico para la paz” se basaría en una

noción *moderada* de éste. Este ensayo toma esta oscilación como una oportunidad para reflexionar, de modo más general, sobre el papel que, en los últimos veinte años, el derecho penal ha venido a ocupar en los procesos de justicia transicional. En esta medida, mi interés no consiste en evaluar la adecuación de la Ley de justicia y paz o del “Marco jurídico para la paz” con obligaciones que el derecho internacional impone a los estados en materia de lucha contra la impunidad.³ Más que ofrecer tesis o teorías definitivas y acabadas, este texto persigue, por una parte, formular un conjunto de preguntas básicas que servirán para guiar una agenda de investigación que se desarrollará en los próximos dos años y, de otro lado, indicar algunas posibles vías de respuesta (aún muy incipientes) a esas preguntas.

Los interrogantes que se plantean en este ensayo surgen de algunas perplejidades que parten de constatar el tipo de limitaciones de orden práctico y conceptual que confronta el funcionamiento del derecho penal en contextos de atrocidad masiva. Para entender el alcance de estas constataciones, es necesario partir del afianzamiento del discurso de la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas en el derecho internacional y en el derecho doméstico de varios países. No es de mi interés trazar la genealogía de este discurso sino establecer el tipo de premisas que lo sustentan y que plantean los retos y problemáticas contemporáneos en torno al papel de la justicia penal en procesos de

³ Desde la perspectiva puramente jurídica, el modelo colombiano de persecución y castigo de perpetradores de atrocidades masivas derivado de la Ley de justicia y paz y el “Marco jurídico para la paz” plantea preguntas y dilemas fascinantes. En relación con la Ley de justicia y paz, cuyo régimen está en pleno funcionamiento desde hace casi ocho años, cabría preguntarse si el reducido número de condenas a paramilitares y guerrilleros desmovilizados podría entrañar una situación de impunidad que active la competencia subsidiaria de la Corte Penal Internacional (varios expertos coinciden en que tal impunidad no existe) o, en el futuro, podría ser fuente de condenas contra Colombia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En punto al recién expedido “Marco jurídico para la paz”, cabría preguntarse, por ejemplo, si la idea de seleccionar y priorizar casos, de centrar la persecución y castigo en los principales responsables y de renunciar al ejercicio de la acción penal en los casos no seleccionados es compatible con los denominados “estándares internacionales” en materia de “verdad, justicia y reparación” derivados, en lo fundamental, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

justicia transicional donde es necesario confrontar fenómenos de atrocidad masiva. El discurso de la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas se ha afianzado en las últimas tres décadas en el sentido de establecer un conjunto de “estándares” de derecho internacional que obligan a los estados a adoptar las medidas necesarias para que los responsables de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario sean perseguidos y castigados con los instrumentos del derecho penal.⁴ Más allá de los detalles jurídicos que desarrollan esta idea principal, podría afirmarse que, en tiempos contemporáneos, la idea de que existe un consenso internacional que manda erradicar la impunidad por crímenes de atrocidad masiva se concreta en la *trilogía de la verdad, la justicia y la reparación*. Más aún, y de manera tal vez más provocativa, la noción de justicia transicional parece haber sido absorbida por el discurso de erradicación de la impunidad y los derechos de las víctimas.

Hoy en día parece existir la siguiente doble equivalencia: justicia transicional = obligación de erradicar la impunidad = derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Lo anterior, en ciertos contextos domésticos como el colombiano, se ha convertido en una aún más problemática serie de equivalencias: justicia transicional = obligación de erradicar la impunidad = verdad, justicia y reparación = persecución y castigo penal de los responsables de delitos de atrocidad masiva = visión maximalista del derecho penal (todos los perpetradores deben ser perseguidos y castigados). El universo

⁴ Esta idea está expresada del modo más contundente en el preámbulo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que señala que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”, que es necesario “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” y, finalmente, “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. En América Latina, el discurso de la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas ha estado principalmente asociado a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el fallo *Velásquez Rodríguez v. Honduras*.

de la justicia transicional parecería, así, haber llegado a confundirse con el del castigo penal. En este universo, la justicia de la trilogía se concibe en términos de justicia penal; a su turno, la verdad se obtiene primariamente de los procesos penales contra perpetradores de atrocidades masivas; y, finalmente, la justicia penal es una forma esencial de reparación. Aunque, por supuesto, y particularmente en lo que atañe a la verdad y la reparación, se conciben otras formas de realización de estos derechos, ellas han venido a ocupar —al menos en Colombia— un lugar secundario frente a la primacía de la justicia penal.

Esta dinámica aparece claramente reflejada en el escenario abierto por la aprobación de la Ley de justicia y paz en el año 2005 y su posterior período de aplicación. Este proceso, que ocupó la atención de la opinión pública y determinó los más grandes esfuerzos de fortalecimiento de la jurisdicción penal colombiana (capacitación de fiscales y jueces para perseguir el tipo de crímenes masivos y sistemáticos como los cometidos por las AUC, constantes procesos de supervisión, diagnóstico y evaluación por parte de la comunidad internacional, entre otras cuestiones), sólo ha conducido a que más o menos once comandantes de algunos de los bloques de este grupo armado hayan sido condenados. Para evaluar esta cifra debe tenerse en cuenta que, desde que el proceso de desmovilización y dejación de armas por parte de las AUC se inició en el año 2002, aproximadamente 35.000 de sus miembros se desmovilizaron y más o menos mil de ellos se han postulado para recibir los beneficios contenidos en la Ley de justicia y paz. No es entonces de extrañar que ante el fracaso que implica esta ley en términos de persecución y castigo penal de paramilitares responsables de delitos de atrocidad masiva, y frente a la

perspectiva de un eventual acuerdo de paz con las FARC, el “Marco jurídico para la paz” constituya un intento de respuesta a los dilemas que plantea el orden de equivalencias derivado del modo contemporáneo de entender la noción de justicia transicional. Así, existiría la posibilidad de buscar la justicia por vías extra-judiciales y, cuando se recurra a la justicia, no sería necesario perseguir y castigar penalmente a todos los responsables de delitos de atrocidad masiva. El “Marco jurídico para la paz” permitiría entonces el paso de la visión maximalista de la justicia penal, contenida en el conjunto de equivalencias de la justicia transicional tal como ha sido entendida hasta este momento en Colombia, a una visión intermedia de la justicia penal, en la cual ésta dejaría de monopolizar la noción de justicia transicional.

Nótese, en todo caso, que, incluso en esta segunda visión del papel de la justicia penal en los procesos de justicia transicional, no se abandona la necesidad de recurrir al derecho penal y, más aún, es posible afirmar que éste sigue ocupando un papel preponderante. Ciertamente, la persecución penal se concentraría en casos verdaderamente emblemáticos organizados en torno a la determinación de la responsabilidad penal de los “máximos responsables” de los delitos cometidos por el grupo armado al que éstos pertenecen. Como señalé anteriormente, no me ocuparé aquí de establecer si este retiro parcial del derecho penal podría crear situaciones de impunidad que lleguen a comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano. Más bien, tomo las disposiciones del “Marco jurídico para la paz” como un reto para pensar *el papel que puede jugar el derecho penal en la representación de la atrocidad masiva, en tanto fenómeno que opera como centro de articulación de la noción de justicia transicional*. Sin embargo, esta

reflexión surge de indicar, previamente, el tipo de constataciones de orden práctico y conceptual en relación con el papel que actualmente ocupa la justicia penal en los procesos de justicia transicional y que suscitan, a su turno, algunas perplejidades que conducen a pensar el papel que desempeña el derecho penal en la representación de la atrocidad masiva.

II.

El recurso al derecho penal en los procesos de justicia transicional (en su versión maximalista o intermedia) está sujeto a limitaciones prácticas y conceptuales cuya magnitud lleva a preguntarse por qué, pese a ellas, la justicia penal sigue ocupando un lugar tan destacado en estos procesos. Estas limitaciones no son propias del caso colombiano ni aparecen exclusivamente cuando los responsables de atrocidades masivas son perseguidos y castigados en el ámbito doméstico. Por el contrario, ellas aparecerían en todo proceso de justicia transicional en el que se quiera someter a la justicia penal a genocidas, delincuentes de lesa humanidad o criminales de guerra y, en esta medida, serían propias del que podría denominarse “paradigma jurídico de Núremberg”. En efecto, desde el propio juicio contra los principales criminales de guerra nazis de 1946, pasando por los tribunales penales internacionales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, hasta los actuales procesos que cursan ante la Corte Penal Internacional, por una parte, y los innumerables juicios penales domésticos contra criminales nazis, dictadores, colaboradores y otros responsables de atrocidad masiva, de otro lado, es posible identificar una serie de *limitaciones prácticas* que conducen a repensar el papel que el

derecho penal ha llegado a adquirir en la trilogía contemporánea de la verdad, la justicia y la reparación.

Aunque podrían enumerarse otras, sería posible organizar estas limitaciones alrededor de cuatro grandes ejes.⁵ En primer lugar, aparecería el escaso o nulo poder de los juicios penales transicionales para disuadir o prevenir nuevas atrocidades masivas. Por ejemplo, el juicio llevado a cabo por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y los juicios posteriores, tanto internacionales como domésticos contra criminales nazis, no previnieron las violaciones masivas de derechos humanos cometidas durante la guerra de los Balcanes, incluida la puesta en funcionamiento de campos de concentración en Bosnia y Herzegovina. Mucho más diciente es el hecho de que la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en mayo de 1993 no disuadió la comisión del genocidio en Ruanda en 1994 ni la masacre de Srebrenica en julio de 1995. Pero, más interesante aún, es que, en reacción a estos hechos, se respondiese con *más* derecho penal: mientras que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en noviembre de 1994, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia siguió persiguiendo y castigando, con gran entusiasmo, a todo genocida, delincuente de lesa humanidad o criminal de guerra que pudiese ser capturado y llevado a La Haya.

⁵ Por supuesto, esta es una abstracción que implica todos los defectos propios de una generalización. En elaboraciones posteriores mucho más afinadas de estas limitaciones sería necesario establecer los matices y diferenciaciones que provendrían, por ejemplo, del tipo de atrocidad masiva de que se está tratando, de la organización o régimen que la produce, del nivel de mando o autonomía que tenía el procesado, de si se trata de un juicio internacional o doméstico, entre otras cuestiones. Sin embargo, presentar las limitaciones con el nivel de generalidad que aquí se asume podría propiciar la discusión en relación con la tipología de juicios penales transicionales y la organización de las distintas limitaciones a que éstos se confrontan. Adicionalmente, cada una de estas limitaciones ha sido discutida ampliamente en literatura especializada en derecho penal general, derecho penal internacional y justicia transicional. Aquí simplemente señalo las líneas generales de los debates que pueden encontrarse en esa literatura.

En segundo lugar, en esta clase de procesos penales los mayores responsables de las atrocidades masivas —aquellos que idearon y pusieron en marcha los regímenes o sistemas que producen esas violaciones— suelen escapar a la persecución y al castigo penal. En su lugar, en los estrados judiciales aparecen mandos subalternos (con diversos niveles de capacidad de mando y autonomía) que, en la mayoría de los casos, seguían órdenes y cumplían funciones segmentadas y parciales en la ejecución de las atrocidades. Este fenómeno puede estar acompañado, además, por las dificultades de capturar y llevar ante los jueces penales a perpetradores importantes (como ha ocurrido en el caso de la ex Yugoslavia) o, por el contrario, por un exceso de perpetradores capturados que no pueden ser juzgados y castigados porque el sistema penal (nacional o internacional) simplemente carece de las capacidades técnicas y logísticas para procesar altos números de responsables (como ha ocurrido en el caso de Ruanda). En estos casos, suele aparecer una tensión entre la determinación de la responsabilidad penal *individual* del procesado, estrictamente considerada, y las finalidades de orden histórico o político que, en muchos casos, se adscriben a estos procesos. Dicho de otro modo, se utiliza el proceso de determinación de responsabilidad penal individual de una persona que tuvo poco o nada que ver con la creación y puesta en marcha del régimen o sistema que viola masivamente derechos humanos para “reconstruir” o “narrar” la historia de este régimen y de cómo cometió atrocidades masivas. Si quien ocupara el estrado fuera un individuo cuya responsabilidad en el diseño y operación del régimen de violación de los derechos humanos fuera de mayor entidad, tal vez sería más apropiado utilizar el proceso de determinación de su responsabilidad penal individual para aclarar aspectos históricos de gran trascendencia en los que, tal vez, sus actuaciones tuvieron mayor incidencia.

Además de estas dificultades, más recientemente se ha señalado que las dinámicas propias de los conflictos armados en los que se producen violaciones masivas de derechos humanos pueden llegar a oscurecer la distinción entre víctimas y victimarios, y ello complicaría la determinación de la responsabilidad que cabe a éstos últimos en las atrocidades.

La tercera limitación de los juicios penales transicionales tiene que ver con la tensión a que usualmente son sometidas las garantías del debido proceso penal en esta clase de procesos. La más importante de las discusiones sobre este punto ha tenido tal vez que ver con la aplicación del principio de legalidad penal en estos juicios: en muchos casos, los perpetradores han sido encontrados responsables por conductas delictuosas que la ley no había tipificado como tales al momento de su comisión. Claramente, esta cuestión no quedó saldada con el juicio a los principales criminales nazis por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en donde se discutió por primera vez la responsabilidad penal de personas por conductas (en este caso se trataba fundamentalmente de la guerra agresiva y de los crímenes contra la humanidad) que no existían como delitos cuando fueron cometidas. Luego, este mismo debate surgiría, por ejemplo, en los juicios ante el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia donde varias de las conductas imputadas a los procesados no estaban contempladas en las normas penales vigentes de la antigua Yugoslavia al momento de su ocurrencia. Hoy en día, en los procesos de justicia y paz en Colombia se ha discutido si conductas cometidas por los paramilitares antes del año 2000 podrían tipificarse como delitos contra el derecho internacional humanitario que fueron introducidos al ordenamiento jurídico colombiano por el Código Penal expedido ese año.

Sin embargo, el modo peculiar (por decir lo menos) en que se entienden las garantías en los juicios penales transicionales no sólo se refiere al principio de legalidad penal. En la actualidad, existe una intensa polémica en punto a la modalidad más apropiada de imputación de responsabilidad penal individual para los perpetradores de crímenes masivos y sistemáticos. Así, por ejemplo, los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda utilizan la denominada *joint criminal enterprise*, que tiende (al menos en dos de sus modalidades) a facilitar condenas ejemplarizantes de perpetradores cuya contribución a los actos de atrocidad masiva es relativamente pequeña al convertirlos en autores de esos actos. Habida cuenta de las críticas que ha recibido este tipo de imputación por el desmedro que puede implicar para garantías básicas del derecho penal, la Corte Penal Internacional y algunos tribunales penales nacionales han comenzado a recurrir a modalidades de atribución de responsabilidad individual fundadas en las ideas de Claus Roxin sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder.⁶

En cuarto y último lugar, los juicios penales transicionales enfrentarían limitaciones —o, mejor, tensiones— de orden histórico y político derivadas del particular contexto en que se desarrollan. Podría decirse, incluso, que estas tensiones originan las restantes limitaciones del uso del derecho penal en contextos de transición. En efecto, si no fuera porque los juicios transicionales están llamados a mediar en particulares circunstancias históricas y políticas no surgirían tal vez las problemáticas relacionadas con el escaso

⁶ Nótese cómo esta discusión tiene que ver con la segunda limitación de los juicios penales en contextos de transición. En efecto, si el perpetrador “típico” ocupa un rango subalterno o medio en la organización criminal y sus actos individuales representan tan sólo una contribución relativamente modesta a las atrocidades finales o si pocos responsables han podido ser capturados y llevados ante los tribunales penales, es bastante probable que las presiones históricas o políticas a que están sometidos esta clase de juicios (véanse más adelante las reflexiones sobre la cuarta limitación de los juicios penales transicionales) conduzcan a que, a través del tipo de modalidad de imputación de responsabilidad penal individual, se busque asegurar el mayor número de condenas posibles y/o que la responsabilidad impuesta a los procesados sea mucho mayor que la que les cabría si se considerara estrictamente su contribución a las atrocidades masivas finales.

poder preventivo y disuasorio de estos procesos, el tipo de perpetrador que suele ser juzgado y castigado y las tensiones a que son sometidas garantías básicas del debido proceso penal. Desde el punto de vista histórico, el discurso contemporáneo de la justicia transicional, contenido en la trilogía de la verdad, la justicia y la reparación, señala que los juicios penales son determinantes para la reconstrucción de la “verdad histórica” y la “memoria colectiva”, al punto que la comunidad internacional ha desarrollado prescripciones que indican a los Estados cuáles son las medidas más apropiadas para acercarse a lo que se ha denominado la “verdad judicial” en los juicios penales transicionales. Además, desde sus orígenes en Núremberg, estos procesos penales han estado sometidos a cuestionamientos políticos que no suelen confrontar los juicios penales ordinarios. Una forma clásica de cuestionamiento aparece cuando los “vencedores” en un conflicto armado someten a su justicia penal a los enemigos que han vencido. Los problemas que implica esta forma de justicia penal han sido planteados usualmente bajo el argumento de la “justicia de vencedores”, como ocurrió con el juicio del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y los juicios posteriores llevados a cabo al amparo de la Ley N° 10 del Consejo de Control en las distintas zonas de Alemania ocupadas por los Aliados. Sin embargo, si la transición no es consecuencia de un esquema de vencedores/vencidos sino de negociación, los juicios penales también suelen estar sometidos a presiones políticas surgidas de la necesidad de transar aspectos de la persecución y castigo penales con quienes dejan el poder (como en el caso de ciertas dictaduras) o cesan acciones armadas ilegales (guerrillas o grupos paramilitares) con el fin de afianzar el nuevo estado de cosas (ponderación entre justicia penal y paz).

Tras la constatación de estas limitaciones, bien podría concluirse que el derecho penal no es el instrumento más apropiado para conseguir la verdad, la justicia y la reparación a que se refiere el discurso de la justicia transicional y que ellas deberían ser garantizadas mediante otros mecanismos menos problemáticos. De hecho, ciertas transiciones relativamente exitosas —como la sudafricana— pondrían de presente que estos valores pueden conseguirse con independencia de los juicios penales. Sin embargo, este caso parece ser bastante excepcional. ¿Por qué, pese a sus limitaciones, el derecho penal sigue apareciendo con fuerza cada vez que una comunidad política manifiesta la voluntad política de confrontar actos de atrocidad masiva cometidos en el pasado? ¿Por qué sigue ocupando un espacio tan preponderante en la trilogía de la verdad, la justicia y la reparación? ¿Qué verdad, qué justicia y qué reparación puede esperarse de un ordenamiento jurídico que parece tener tanta dificultad para confrontar un fenómeno como el de la atrocidad masiva? Este ensayo no sostiene la hipótesis de que las limitaciones de los juicios penales transicionales conduzcan a prescribir que la verdad, la justicia y la reparación deban garantizarse a través de mecanismos distintos al derecho penal. Por el contrario, propone que el derecho penal seguirá apareciendo (en su versión maximalista o moderada) en los procesos de justicia transicional. Sugiero que esta apelación incesante y compulsiva a los juicios penales obedece a una *fascinación con la representación de la atrocidad masiva* que ofrece el derecho penal.

III.

Hasta el momento, me he referido, por una parte, al “derecho penal” o a los “juicios penales” y, de otro lado, a “atrocidades masivas” o a “violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos”. Más exactamente, he indicado que, en contextos de transición, los juicios penales son una manera primigenia —o, *la* forma primigenia— de confrontar un pasado de atrocidades masivas mediante el juzgamiento y castigo de los responsables de éstas. Así, he designado el encuentro entre un fenómeno histórico y social muy particular y el lenguaje del derecho penal. Sugiero entonces que el espacio en que se produce este encuentro es un espacio de *representación*, en donde *el derecho penal representa la atrocidad masiva*. Esta afirmación podría parecer poco novedosa, en la medida en que el derecho, como forma discursiva, está llamado, en general, a representar porciones de la “realidad” a través del lenguaje especializado de sus instituciones y categorías. Sin embargo, la representación de la atrocidad masiva no es un caso ordinario de representación jurídica de la realidad. Por el contrario, desde la perspectiva representativa, tanto la atrocidad como el derecho penal tienen particularidades que es necesario explicitar antes de estudiar cómo podría pensarse la representación de ésta por aquél.

La atrocidad masiva es una forma de realidad que se distancia del tipo de fenómenos que el derecho penal está llamado a representar usualmente. Más aún, es un fenómeno que, en general, desafía los modos usuales en los que concebimos y conceptualizamos la representación a través de cualquier forma discursiva. Una literatura extensísima que sería imposible abarcar o resumir en este breve ensayo ha puesto en evidencia, desde una multiplicidad de perspectivas disciplinarias, cómo la atrocidad masiva es una realidad

histórica y social que, de diversos modos, desafía su representación. Así, ha sido señalada como un fenómeno “incomprensible”, “extremo”, “excepcional”, “inimaginable”, “imposible”, “transgresor”, como “evento límite” o como “evento traumático”, entre otras calificaciones, cuya representación es entonces “imposible”, “difícil”, “parcial”, “refractaria” o, incluso, está “prohibida”. Con el riesgo que implica reducir la riqueza de toda esta literatura, utilizo aquí, a efectos del argumento de este trabajo, la caracterización de Dominick LaCapra de la atrocidad masiva como “evento límite”. Más que transcribir esta caracterización, me interesa resaltar los elementos fundamentales que constituyen la categoría de evento límite y que tienen incidencia en la problemática que implica su representación. Para LaCapra, el evento límite (1) es “el que supera la capacidad imaginativa de concebirlo o anticiparlo”, (2) es “necesariamente traumático o traumatizante”, (3) su “naturaleza en apariencia inimaginable” suele determinar que “su tratamiento ficcional o artístico [¿o jurídico?] parezca insatisfactorio o deficitario”, (4) su “exceso” sobre la “facultad imaginativa” plantea “un gran desafío a la representación o el tratamiento artístico [¿o jurídico?] de los temas”, y (5) este desafío “no desaparece, e incluso puede aumentar, cuando lo extremo o lo excepcional se manifiesta en lo cotidiano como una suerte de ‘normalidad’ distorsionada que subvierte la normatividad”.⁷ Esta caracterización tiene la ventaja de plantear la excepcionalidad o el exceso de la atrocidad masiva como fenómeno de la realidad, por una parte, y, los retos fundamentales que implica su representación, de otro lado. Nótese, sin embargo, que LaCapra, al mencionar los vehículos representativos, sólo hace referencia al tratamiento “ficcional” o “artístico”

⁷ Dominick LaCapra, “Estudios del trauma: sus críticas y vicisitudes”, en *Historia en tránsito: experiencia, identidad, teoría crítica*, Buenos Aires: FCE, 2006, pp. 181-182.

del evento límite, dejando de lado otras vías representativas y, particularmente, al derecho.⁸

Aunque la representación de la atrocidad masiva en los juicios penales no está por completo ausente de la literatura que se mencionó más arriba, es posible afirmar que ella no se ha ocupado, de manera particularizada, de cuál es la dinámica representativa que aparece cuando el derecho *penal*, como ordenamiento jurídico especializado, cuyas instituciones y categorías son movilizadas para *determinar la responsabilidad individual de una o varias personas en la comisión de un delito o conjunto de delitos*, intenta representar fenómenos atroces. Así como la atrocidad masiva es un fenómeno de la realidad cuya representación, como se vio, determina problemáticas muy particulares, el derecho penal es un vehículo representativo que, habida cuenta del modo especial en que representa el mundo, suscita, a su turno, retos peculiares. En este caso, y tomando en cuenta la particularidad tanto del objeto de representación como del vehículo representativo, sugiero que la fascinación con el derecho y los juicios penales que aparece en los procesos de transición, tiene que ver, precisamente, con el encuentro entre ese objeto y ese vehículo. Dicho de otro modo, la fascinación con el derecho penal es suscitada por el modo en que la atrocidad masiva es representada cuando un tribunal establece, mediante las categorías e instituciones características del derecho penal, la responsabilidad individual de uno o varios acusados en la perpetración de actos atroces

⁸ Aunque aquí podría entrar a preguntarme hasta qué punto el derecho provee o proveería un tratamiento ficcional o artístico de las realidades que le corresponde representar, creo que ello me llevaría a tocar temáticas distintas a las que constituyen el punto central de este ensayo. Ahora bien, en el presente estado de mis reflexiones sobre estos temas, y particularmente de mi idea de que el derecho penal produce un cierto tipo de imágenes que ayudan a explicar la fascinación con la justicia penal en los procesos de transición, intuyo —aunque aún no tengo claridad acerca de cuáles serían las vías apropiadas para esa exploración— que si el derecho es considerado como una forma de ficción o de arte ello podría abrir caminos interesantes y sugerentes para pensar esta cuestión.

particulares que forman parte de un contexto de atrocidad masiva mucho más amplio. De manera más precisa, sugiero que la fascinación con el derecho y los juicios penales en contextos de transición surge de las *imágenes* que produce la representación de la atrocidad masiva a través de las categorías e instituciones jurídicas mediante las cuales se determina la responsabilidad penal individual de uno a varios perpetradores de actos atroces.

Conforme a esta idea, en contextos de transición el derecho y los juicios penales nos fascinan porque *producirían una justicia de las imágenes y por las imágenes*. ¿Cómo son y qué hay en las imágenes que produce el derecho penal? ¿Cómo produce el derecho penal las imágenes de la atrocidad masiva? ¿Por qué son fascinantes esas imágenes? Para responder a estas preguntas me inspiro en algunas de las reflexiones de Hannah Arendt sobre el juicio seguido por el Estado de Israel a Adolf Eichmann en 1961. Debo advertir que lo que propongo a continuación simplemente abre vías para la reflexión, aún muy embrionarias, por completo libradas a la profundización y al debate.

Tras publicar *Eichmann en Jerusalén* en 1963, Hannah Arendt dedicó gran parte de sus reflexiones —que culminan con *La vida del espíritu*— a explicar qué quiso significar con su idea de que la carrera de Eichmann enseñaba “la lección de la terrible *banalidad del mal*” (E, 368).⁹ Para Arendt, la conducta de Eichmann representaba un fenómeno moral

⁹ La reconstrucción de las ideas de Arendt que sigue a continuación está basada en *Eichmann en Jerusalén*, en uno de los textos contenidos en *Responsabilidad y juicio* (un libro póstumo editado y compilado por Jerome Kohn que contiene varios ensayos de Arendt posteriores a *Eichmann*), en *La vida del espíritu* y en las *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Véanse Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona: Lumen, 2005 (se cita como E); Hannah Arendt, “Algunas cuestiones de filosofía moral”, en *Responsabilidad y juicio*, Barcelona: Paidós, 2007 (se cita como CFM); Hannah Arendt, *La vida del espíritu: el pensar, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (se cita como VE); Hannah Arendt, *Conferencias sobre la filosofía*

sin precedente en la historia porque ponía de presente cómo personas normales (en el sentido psiquiátrico del término (E, 46]), anodinas (según Arendt, Eichmann era un personaje de “menguadas dotes intelectuales” [E, 198]), sin fanatismos (E, 46), con una conciencia de la distinción entre el bien y el mal (Eichmann afirmaba que había guiado su vida “en consonancia con los preceptos morales de Kant, en especial con la definición kantiana del deber” [E, 199]) y sin odio hacia sus víctimas (E, 46), podían convertirse en artífices de los actos más horrendos. Arendt constató que, en un punto de su vida como funcionario nazi (E, 139-43), Eichmann dejó de pensar y de juzgar para “vencer [su] innata repugnancia hacia el delito” (E, 139). A partir de ese momento, se justificó ante sí mismo y, luego, ante los otros y el tribunal de Jerusalén, mediante “clichés” que, en lo fundamental, tendían a apuntar que simplemente había seguido las leyes del Tercer Reich y, por tanto, había obrado como un funcionario cumplidor del deber (durante la Solución Final, Eichmann modificó el imperativo categórico kantiano para hacerle decir “compórtate como si el principio de tus actos fuera el mismo que el de los actos del legislador o la ley común” [E, 200]). El punto interesante es que, tras la derrota de los nazis y su huida a Argentina, Eichmann pareció haber “recuperado” su capacidad de distinguir entre el bien y el mal. Arendt relata cómo estando en prisión le fue entregada una copia de *Lolita* de Nabokov para “su distracción” y cómo Eichmann la devolvió “visiblemente indignado” a los pocos días diciendo que era un libro “corrupto por completo” (E, 78). De igual modo, durante el juicio manifestó que, pese a haber leído la *Crítica de la razón práctica*, reconocía que, durante la Solución Final, “había dejado de vivir en consonancia con los principios kantianos”, pero que “se había consolado

política de Kant, Barcelona: Paidós, 2003 (se cita como CK). En lo que sigue, y con el fin de evitar la proliferación de notas al pie de página, estos textos se citan en el cuerpo principal del ensayo con su acrónimo (E, CFM, VE o CK) seguido del número de la página.

pensando que había dejado de ser ‘dueño de sus propios actos’ y que él no podía ‘cambiar nada’” (*E*, 200).

En suma, bien podría afirmarse que *Eichmann en Jerusalén* es el relato del colapso moral de un individuo ordinario y, en esta medida, intenta responder a la pregunta de “cuánto tiempo necesita una persona normal para vencer la innata repugnancia hacia el delito, y qué le ocurre exactamente a tal persona cuando se encuentra en este caso” (*E*, 139). Posteriormente, Hannah Arendt elaboró más detalladamente y con mayor nivel de generalidad este peculiar fenómeno moral. En *Algunas cuestiones de filosofía moral*, muestra cómo la idea misma de moralidad —que, para ella, es equivalente a la distinción entre el bien y el mal— que Occidente daba por descontada y sobre la cual depositaba la mayor seguridad, puede olvidarse, súbitamente, en circunstancias políticas y sociales concretas. Por cierto, la distinción entre el bien y el mal no desaparece y puede retornar una vez cesen las condiciones políticas y sociales específicas que provocaron su olvido, para mostrarnos que ya no podemos tener ninguna seguridad sobre las reglas para distinguir entre el bien y el mal que nos parecían tan evidentes. A juicio de Arendt, esta es, precisamente, una de las lecciones más distintivas de los totalitarismos europeos.

A este respecto, señaló que “[n]osotros —al menos los más viejos de nosotros— hemos asistido al *derrumbe completo* de todas las pautas morales establecidas en la vida pública y privada durante las décadas de 1930 y 1940, no sólo en la Alemania de Hitler, sino también en la Rusia de Stalin” (*CFM*, 77-78; cursiva fuera de texto). Sin embargo, el peculiar horror moral del nazismo radicó, por una parte, en que “demostró que nadie tenía

por qué ser nazi convencido para *adaptarse y olvidar, de la noche a la mañana*, por así decir, no su posición social, sino las convicciones morales que *una vez* la acompañaron” (CFM, 78-79; cursiva fuera de texto) y, de otro lado, en que la “degeneración” de la moral no “obedeció a la acción de criminales” sino al actuar de “personas corrientes que, *mientras* las normas morales fueron socialmente aceptadas, *nunca* soñaron que dudarían de lo que se les había enseñado a creer” (CFM, 79; cursiva fuera de texto). Es en este punto de las reflexiones de Arendt donde aparece su idea de un *doble derrumbe* del orden moral (las expresiones en cursiva en las citas anteriores buscan marcar su sentido temporal). El primer derrumbe ocurre cuando los individuos ordinarios olvidaron una moralidad de la que “nunca soñaron que dudarían”, y el segundo derrumbe tiene lugar cuando esta moralidad olvidada es restablecida en “el momento en que la ‘historia’ anunció la derrota” (CFM, 79). A juicio de Arendt, este “súbito retorno a la ‘normalidad’” (CFM, 79) no es necesariamente un motivo de celebración sino de desconcierto, en cuanto “refuerza nuestras dudas” (CFM, 79) sobre la existencia de una distinción inmutable y fija entre el bien y el mal o, dicho de otro modo, desafía la idea que se tenía del mal como un fenómeno “demoníaco”, producto exclusivo del orgullo, la envidia, la debilidad, el odio o la codicia (VE, 13-14).

La celebración arendtiana de los juicios penales contra perpetradores de atrocidades masivas como Eichmann tiene que ver con el modo en que estos juicios intervienen en el espacio de desconcierto producido por el doble derrumbe del orden moral. Para Arendt, los criminales como Eichmann se distinguen de los criminales “ordinarios” porque sólo los actos de aquéllos implican la idea de moralidad en su sentido más profundo (según

Arendt, “esas personas no son criminales corrientes, sino más bien personas muy corrientes que han cometido delitos con mayor o menor entusiasmo simplemente porque hicieron lo que se les había dicho que hicieran” [CFM, 82]); es decir, sus actos son la muestra patente de la labilidad del orden moral, entendido como distinción entre el bien y el mal. Así, juzgar penalmente a este tipo de delincuentes de inmediato pone el foco sobre la naturaleza de la moralidad y su fragilidad. Aunque Arendt no desconoce que este tipo de juicios también tienen que ver con hechos “impensables”, que invocan un “horror indecible” y que dejan “sin respiración y sin habla” (CFM, 80), esta verificación no obsta para “la muy necesaria reconsideración de las categorías jurídicas” y la comprensión de “las lecciones estrictamente morales” (CFM, 80) derivadas de la comisión de actos de atrocidad masiva. Conforme a esta idea, sostiene que, en el contexto de un proceso penal, es posible separar la emotividad propia de lo indecible de “las experiencias no horribles, pero a menudo repulsivas, en que la conducta de la gente está expuesta a un juicio normal y donde se plantea la cuestión de la moral y la ética” (CFM, 81). Es este enfoque en las cuestiones atinentes a la responsabilidad individual del perpetrador —ese lugar donde “la pregunta que hay que formular ya no es: ‘¿cómo funcionó este sistema?’, sino: ‘¿por qué el acusado se hizo funcionario de esta organización?’” (CFM, 82; cursiva fuera de texto)— el que, para Arendt, confiere su “innegable grandeza [al] procedimiento judicial” (CFM, 81). Así, “[e]l horror indecible al que aludía antes como una reacción congruente ante el sistema en su conjunto se disuelve en la sala del tribunal, en la que tratamos con *personas* en el *discurso ordenado de acusación, defensa y juicio*” (CFM, 82; cursiva fuera de texto).

Los juicios penales contra responsables de atrocidades masivas parecerían tener un *peculiar* efecto ordenador de una realidad que, de otro modo, sería incomprensible e insoportable. Según Hannah Arendt, la combinación de la forma judicial y del lenguaje de la responsabilidad penal individual constituiría una forma especial de *narrativa* —la que cuenta “*por qué el acusado se hizo funcionario de esta organización*”— que permite la comprensión de la atrocidad masiva como fenómeno aparentemente resistente a la representación. A su turno, esta narración produciría un conjunto de imágenes que explicarían por qué, en contextos de transición, recurrimos compulsivamente a los juicios penales para confrontar la atrocidad masiva. A continuación desarrollo tres ideas cuya conjugación sustenta, en mi opinión, este argumento.

En primer lugar, Arendt se aproxima al fenómeno de la atrocidad masiva a través de su caracterización del tipo de fenómeno moral en el que se inscribe el actuar de perpetradores como Adolf Eichmann. La idea del doble derrumbe del mundo moral, dentro del que se inscribe la banalidad del mal, constituiría una descripción de la posición epistemológica que llegamos a ocupar cuando el mundo que nos rodea, por efecto de eventos políticos, sociales y culturales concretos, deja de ser explicable en términos de las categorías conceptuales cuyo afincamiento en nuestro modo de pensar y conocer dábamos por descontado. Una de esas categorías, según Arendt, sería la moralidad, entendida como distinción entre el bien y el mal, que resulta puesta en jaque por un fenómeno como la banalidad del mal. Lo “indecible” y lo “impensable” de la atrocidad masiva surgiría entonces de la desorientación existencial y epistémica que produce la imposibilidad de comprender un cúmulo de hechos y acciones porque exceden las

categorías que, en otras circunstancias, permitirían la comprensión. Nótese que este modo de concebir el carácter irrepresentable de la atrocidad masiva es similar a la idea de evento límite propuesta por LaCapra, en el sentido de que éste se concibe como un *exceso representativo* (recuérdese que LaCapra concibe el evento límite como el que “supera la capacidad imaginativa de concebirlo o anticiparlo” o como aquel que implica un “exceso” sobre la “facultad imaginativa” y, por tanto, su representación es siempre “un gran desafío” y aparece como “insatisfactoria o deficitaria”).

Segundo, Hannah Arendt también ofrece una teoría de cómo se produce la representación de la atrocidad masiva —tal como ésta se describe en el párrafo anterior— en los juicios penales contra perpetradores de actos atroces. Esta idea surge de la peculiar noción de lo narrativo que aparece tanto en *Eichmann en Jerusalén* como en *Algunas cuestiones de filosofía moral*. Recuérdese que Arendt afirma, por una parte, que esta clase de juicios se centran en contar “por qué el acusado se hizo funcionario de esta organización” y, de otro lado, que esta narrativa se produce a través del “discurso ordenado de acusación, defensa y juicio”. A la luz de estas dos afirmaciones, podría afirmarse que la atrocidad masiva resulta representada por el juicio penal a través de una *narrativa sobre la responsabilidad individual que tiene un poder ordenador*. Esta ordenación, en la teoría de Hannah Arendt, se produciría desde las posibilidades que el juicio penal ofrece para *comprender* el fenómeno atroz, por una parte, y para el ejercicio de la facultad humana de *pensar*, de otro lado.

Narrar cómo el perpetrador se hizo funcionario de una organización criminal específica y llegó a cometer el tipo de actos atroces que se le imputan es, en gran medida, el tipo de ejercicio narrativo que la propia Arendt emprende en *Eichmann en Jerusalén*. Este libro ejemplificaría entonces una *forma de juicio* que se produce por vía de una *peculiar forma de narrar* acontecimientos del mundo. Varias veces en su obra, Arendt invocó a Isak Dinesen cuando decía que “[s]e puede soportar todo el dolor si se lo pone en una historia o se cuenta una historia de él”, para señalar que *comprendemos* el mundo y *generamos categorías* que permiten esa comprensión cuando narramos eventos concretos. Conforme a Arendt, la narración “revela el significado de aquello que de otra manera seguiría siendo una secuencia insoportable de meros acontecimientos” porque el hecho de “narrar una historia revela significado sin cometer el error de definirlo” y “crea consentimiento y reconciliación con las cosas tal como son realmente”.¹⁰ Narrar, en suma, es decir “lo que existe” y, con ello, “los hechos particulares pierden su carácter contingente y adquieren cierto significado humanamente captable”.¹¹ El ejemplo más patente de lo anterior está, por supuesto, en *Eichmann en Jerusalén*. Al narrar la historia de por qué Eichmann se hizo nazi y cometió los hechos atroces que cometió, Arendt intentó comprender el tipo de fenómeno moral que el caso entrañaba y, de ese propio proceso narrativo, surgió la categoría de la banalidad del mal como aquella que permitía dar cuenta de la radical novedad del fenómeno a que se refería.¹² Es preciso anotar que la ordenación de la realidad que surge de la narrativa que permite comprender fenómenos concretos del mundo no produce una versión simplista o reduccionista de éstos. Por el contrario, en la

¹⁰ Hannah Arendt, “Isak Dinesen 1885-1963”, en *Hombres en tiempos de oscuridad*, Barcelona: Gedisa, 2001, p. 113.

¹¹ Hannah Arendt, “Verdad y política”, en *Entre el pasado y el futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona: Península, 1996, p. 275.

¹² Arendt pone esta cuestión en evidencia en la introducción al primer volumen (“El pensar”) de *La vida del espíritu*. Allí, señaló que, tras la idea de la banalidad del mal, “no sostenía tesis o doctrina alguna, aunque fuera confusamente consciente de que iba en contra de nuestra tradición de pensamiento sobre el fenómeno del mal” (VE, 13).

medida en que se aproxima al fenómeno que se busca comprender en sus propios términos, la representación que de allí surge adquiere la complejidad misma del objeto representado. Así, la propuesta de Arendt podría constituir una respuesta a los retos que, según Primo Levi, entraña la representación de hechos atroces. Para Levi, al querer “comprender” hechos de esta clase solemos “simplificarlos”, ponerlos en “blanco y negro”, en contra de la extrema complejidad de esa “zona gris” que es la atrocidad masiva, en donde las distinciones entre “víctimas” y “victimarios”, o “buenos” y “malos”, particularmente, pierden el carácter explicativo y la claridad que tendrían en otros contextos.¹³

Como se mencionó anteriormente, el carácter ordenador de los juicios penales también provendría del modo en que éstos reconstruyen la facultad humana que, del modo más conspicuo, Hannah Arendt echó de menos en Eichmann. En la introducción al primer volumen de *La vida del espíritu*, Arendt señaló que, ante la ausencia de “firmes convicciones ideológicas”, “de motivaciones especialmente malignas” o de “estupidez” del acusado, la “única característica notable” del comportamiento de Eichmann fue su “falta de reflexión (*thoughtlessness*)” (VE, 14). Esta constatación llevó a Arendt a indagar en la naturaleza de las facultades humanas de pensar y de juzgar, y a establecer que la primera —en términos muy básicos— es ese “hábito de examinar todo lo que acontezca o llame la atención” mediante “el diálogo entre Yo y yo mismo” (VE, 15, 218-224) y que el segundo —en términos igualmente simples— equivale a la capacidad de tener un “pensamiento ampliado” (*enlarged thought*) mediante el cual se intenta “visitar” los puntos de vista de los otros (CK, 80-89). Para Hannah Arendt, el primer derrumbe

¹³ Véase Primo Levi, “Los hundidos y los salvados”, en *Trilogía de Auschwitz*, Barcelona: El Aleph, 2005, pp. 497-528.

moral ocurriría cuando individuos como Eichmann dejan de pensar y de juzgar y sustituyen estas facultades con “estereotipos, frases hechas, códigos de conducta y de expresión estandarizados” que “cumplen la función socialmente reconocida de protegernos frente a la realidad” (VE, 14). A partir de estas ideas, bien podría proponerse que en la narrativa que tiene lugar en el juicio penal —“por qué el acusado se hizo funcionario de esta organización”— se produciría el pensamiento y el juicio que se echan de menos en el procesado. En efecto, al contar la historia de por qué una persona ordinaria entra a formar parte de una organización criminal, deja de pensar y de juzgar y comete atrocidades sin nombre, el juicio muestra cómo y por qué específicamente suspendió sus facultades de pensamiento y, al hacerlo, reconstruye el sentido en que ese pensamiento y ese juicio deberían haberse producido. En el proceso penal se hacen de lado “estereotipos, frases hechas, códigos de conducta y de expresión estandarizados” y se sustituyen por verdadero pensamiento y juicio. Nótese cómo *Eichmann en Jerusalén*, en tanto modelo de lo que podría ser el juicio penal, ordena el mundo contando cómo fue la participación de Eichmann en la Solución Final y en esa narrativa muestra cómo las cosas hubiesen podido ser de otro modo si tal vez se hubiese detenido a pensar y juzgar.

En tercer lugar, el modo en que Hannah Arendt caracteriza la representación de la atrocidad masiva a través del juicio penal puede llevarse un paso más allá para proponer que esa representación produce un conjunto de imágenes que la tornan fascinante. Aunque para explicar cómo un juicio penal (el “discurso ordenado de acusación, defensa y juicio”) representa la atrocidad masiva por vía de una narración (“por qué el acusado se hizo funcionario de esta organización”) que produce *imágenes* podría recurrirse a

múltiples vías conceptuales, aquí ensayaré una primera idea (tal vez demasiado simple) que relaciona la imagen con la noción de un orden imaginario que posibilita la identificación. Anteriormente se explicó que Arendt puede ser leída en el sentido de caracterizar los juicios penales contra perpetradores de actos de atroces como espacios que representan la atrocidad masiva a través de su ordenación. Conforme a esta idea, podría sugerirse que esta forma de representación produce la *imagen especular del cuerpo social completo y reconstituido*. Ya se anotó cómo la atrocidad masiva es una realidad “impensable” e “indecible” que nos deja “sin respiración y sin habla” porque no puede ser capturada a través de las categorías tradicionales de permiten la comprensión. El estado de desorientación y confusión que surge de esta situación epistémica podría, a su turno, ser concebido como una especie de “ruptura” o “incompletud” del cuerpo social. Frente a este estado, a partir de la función “ordenadora” del juicio penal, surgiría una imagen en la que el cuerpo social es comprensible y, por tanto, se ve completo y reconstituido. Así, el juicio penal operaría como una especie de *espejo* que arroja una imagen con la que nos identificamos. El cuerpo social incompleto y roto se ve completo y reconstituido en la imagen especular que arroja el juicio penal.¹⁴ La fascinación que ejercen los juicios penales en los momentos de transición derivaría entonces del proceso de identificación de una sociedad que procura salir del desorden y el caos y desea transitar al orden y la paz con la imagen de ese orden y esa paz que deriva de un juicio

¹⁴ Estas ideas se inspiran, por supuesto, en la teoría lacaniana del estadio del espejo como formador del yo. Véase Jacques Lacan, “El estadio del espejo como formador de la función del yo tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica”, en *Escritos I*, México, DF: Siglo XXI, 2005, pp. 86-93. Soy consciente de las dificultades que implica echar mano de teorías que explican dinámicas psíquicas individuales para dar cuenta de fenómenos de orden colectivo o social. Recorro a esta teoría porque ofrece, de modo muy directo, una explicación de la fascinación que se establece entre el espectador y la imagen a partir de la relación de identificación que el segundo establece con la primera y del carácter constitutivo de la identificación en la formación del yo. En elaboraciones posteriores de las ideas que presento en este ensayo, espero poder dar cuenta de las relaciones entre el juicio penal y la imagen, tal como esta ha sido conceptualizada por la historia y la teoría del arte y por algunas corrientes filosóficas.

penal en el que la atrocidad masiva ha sido sometida a una peculiar dinámica narrativa de ordenación.¹⁵

Vale la pena anotar que, en contextos de transición, el derecho y los juicios penales no tienen el monopolio de la producción de imágenes sobre la atrocidad masiva. Existen, por supuesto, otras formas representativas (la fotografía, el cine, las artes plásticas y escénicas, la música, la literatura, entre otras) que representan los hechos atroces a través de mecanismos particulares (que pueden parecerse o distanciarse del tipo peculiar de representación que provee el juicio penal, tal como ha sido caracterizado en este ensayo) que dan lugar a imágenes que pueden complementar —o, incluso, contradecir— las que producen los juicios penales. Cabría entonces comparar las imágenes de la atrocidad masiva que producen los juicios penales con las imágenes de hechos atroces que surgen de otras formas representativas con el fin de establecer cuáles son sus convergencias y divergencias. Un estudio de esta clase podría tal vez arrojar una imagen rica y compleja de lo que significan la verdad, la justicia y la reparación en procesos de transición.

La experiencia histórica enseña que la *justicia* transicional está firmemente basada en someter a juicios penales a los perpetradores de atrocidades masivas. Pese a un cúmulo de dificultades y objeciones que comprometen la posibilidad de estos juicios de alcanzar la justicia, en un sentido retributivo o disuasorio del término, no parece que la apelación a

¹⁵ La categoría psicoanalítica de la identificación ha sido usada en algunas corrientes de la teoría política para indicar la necesidad de llenar el “vacío” que surge en momentos de particular desorden y desorientación social. Véase, por ejemplo, Ernesto Laclau, *La razón populista*, Buenos Aires: FCE, 2005, pp. 112-116, 166.

éstos vaya a disminuir en el futuro. Este recurso incesante y obsesivo a la justicia penal parece entonces explicarse por la fascinación que producen las imágenes de la atrocidad masiva que generan esos juicios. Estas son imágenes del orden y de la completud perdidos en los tiempos de la atrocidad y cuyo restablecimiento se persigue con la transición. El juicio penal nos brindaría, así, una justicia de las imágenes y por las imágenes.