

RESUMEN

El presente artículo trata sobre el mal menor, un concepto que ha sido desarrollado por el filósofo alemán Hans Jonas. El autor analiza el concepto de mal menor y su aplicación en el derecho, especialmente en el contexto de la bioética y la medicina. Se discuten los límites de la intervención médica y los casos en los que puede justificarse la realización de un mal menor para evitar un mal mayor. El autor concluye que el mal menor es un concepto complejo que requiere un análisis cuidadoso y una justificación sólida.

LOS DESVARIOS DE LA DOCTRINA DEL MAL MENOR*

Recibido: oct. 14 / 05

Aprobado: oct. 19 / 05

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA**

* Una versión anterior y reducida del presente escrito, fue publicada por la Revista *Semana On-Line* en agosto 13 de 2004.

** Abogado, Universidad de los Andes. Magister en Filosofía, Universidad Nacional. Doctor en Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, Universidad de Kiel (Alemania). Realizó estudios de posDoctorado, Universidad de Kiel. Ex magistrado auxiliar, Corte Constitucional. Autor de los libros: *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, *Derechos, constitucionalismo y democracia* y *Der Begriff der sozialen Grundrechte* (vers. cast., *El concepto de derechos sociales fundamentales*). Profesor Asociado, Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

RESUMEN

Este ensayo se ocupa de la doctrina del mal menor, en la versión defendida por Michael Ignatieff. Para llevar a cabo este análisis, primero describiré dicha doctrina mostrando su relevancia en épocas de lucha contra el terrorismo y explico el porqué de su popularidad. Luego, en una segunda parte, evalúo los supuestos filosóficos en los que se basa Ignatieff para defender la doctrina del mal menor. Por último, en una tercera y última parte, se rechaza tal doctrina al mostrar que ella está sustentada sobre falacias, además de ser insostenible ética y políticamente.

Palabras clave: Doctrina del mal menor, legitimación-legitimidad, lucha antiterrorista, violencia estatal.

ABSTRACT

This essay deals with the *Lesser Evil's Doctrine*, in the version defended by Michael Ignatieff. In order to carry out this analysis, the first part describes such doctrine showing its relevance at times of the fight against terrorism, as well as explaining the reason for its popularity. The second part evaluates Ignatieff's philosophical assumptions in which he defends the *Lesser Evil's Doctrine*. Finally, in the third and last part, such doctrine is rejected by stressing that it is sustained on fallacies, in addition to being ethical and politically untenable.

Key words: Lesser Evil's Doctrine, legitimacy-legitimity, anti-terrorist fight, state violence.

INTRODUCCIÓN

El uso indiscriminado de la violencia como instrumento de presión se ha generalizado en el mundo. El desafío terrorista pone a prueba la justificación y estabilidad de los regímenes democráticos. Michael Ignatieff propone la doctrina del "mal menor" como justificación de la política antiterrorista (2005). Puesto que la doctrina del mal menor pretende ser una justificación moral del uso de la coerción oficial, tema central de la filosofía moral y política, ella merece ser evaluada críticamente con miras a determinar qué tan sólida resulta su pretendida defensa. Veamos.

La doctrina del mal menor se basa en tres premisas generales:

- La lucha antiterrorista adelantada por el gobierno requiere necesariamente el uso de la violencia (coerción, operaciones encubiertas, engaño, violación de derechos); esto porque sería iluso pensar que el terror puede ser combatido eficazmente sin el ejercicio del nivel de violencia indispensable para contrarrestarlo.
- En la lucha antiterrorista se justifica hacer excepciones al Estado democrático de derecho, ya que para

derrotar el mal se necesita actuar por fuera de las leyes; tales actuaciones incluyen la detención masiva e indefinida de sospechosos, el uso de la tortura durante los interrogatorios, la muerte selectiva, la guerra preventiva.

- La violencia antiterrorista debe estar bajo el control de instituciones libres y democráticas, de forma que sea la voluntad libre de los asociados la que decida sobre la oportunidad e intensidad de su utilización.

La doctrina del mal menor defiende un análisis coste/beneficio como criterio de decisión política en la lucha contra el terrorismo. En ello se acerca al razonamiento instrumental de Hobbes. Un enfoque hobbesiano parte de una lógica implacable: en estado de naturaleza –al que algunos teóricos igualan los estados de excepción– no hay derechos; prevalece el más fuerte. En esta circunstancia, el gobierno está investido de todos los poderes necesarios para conjurar la crisis. Qué medidas se adopten, con qué intensidad y en qué circunstancias, son decisiones que quedan a discreción del detentador de la fuerza, y dependen de un cálculo utilitario guiado por el principio de minimizar los costes y maximizar los beneficios.

La acción justificada admite ocasionarle daño a culpables o inocentes para prevenir un mal mayor. Desde esta perspectiva, el mal mayor se identifica con la explosión de bombas nucleares,

químicas o biológicas, el uso de aviones comerciales como armas de destrucción masiva, la toma de rehenes, etcétera. Su tesis es una mezcla de realismo, pragmatismo y utilitarismo político. La doctrina del mal menor se justificaría entonces como una actitud de sentido común, manifestación de la voluntad de auto preservación.

Lo primero que debe anotarse es que la "justificación" de un régimen no es sinónimo de su legitimación, sino de su legitimidad. En términos de H.L.A. Hart, la legitimación consiste en la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema político por las autoridades y parte de la población. En contraste, la legitimidad designa la concordancia de los principios implícitos en la regla de reconocimiento con los principios de la moral crítica o ética (GARZÓN, 2004: 138 s.). Confundir legitimación con legitimidad lleva a aceptar que cada sistema político, sea el nacional-socialista, el del *apartheid* o la dictadura latinoamericana, determina sus propios criterios de legitimidad. Pero ello es un error. La aceptación de un régimen por parte de la población es un factor empírico, del que no puede derivarse una conclusión normativa como es la legitimidad. El nacional-socialismo de Hitler encontró en su momento legitimación en amplios sectores de la población alemana; pero no podía pretender legitimidad, puesto que ésta presupone la conformidad de las actuaciones del poder institucionalizado con los principios de una moral crítica.

La doctrina del mal menor es inaceptable como criterio de justificación de los actos del poder estatal. Ello por las siguientes razones: se basa en premisas falaciosas o insuficientes; deja más interrogantes abiertos que los que contribuye a resolver; y carece de sustento teórico, esto es, no se preocupa por discutir e invalidar los argumentos en su contra, con lo cual renuncia a su defensa racional.

Según la **primera premisa**, la lucha antiterrorista exige necesariamente el uso de la violencia. Tal afirmación refleja una dosis de realismo, recibido con beneplácito por una población asediada o por personas que han sufrido directamente la acción de los violentos; la idea subyacente sugiere que la imposición de la violencia estatal es la forma más eficaz de combatir el terrorismo. Se pretende así impedir que los terroristas saquen ventaja de su irrespeto al sistema normativo mientras los ciudadanos de bien quedan inermes. Tal argumento, pese a ser seductor, es inaceptable, ya que plantea una disyuntiva falsa entre terrorismo estatal o destrucción parcial o total de la población. El uso de medios terroristas –la tortura, el asesinato selectivo, la privación de garantías procesales mínimas– por el Estado, como lo recuerda Martha Crenshaw citada por Garzón Valdés (2004: 164), no sólo es aborrecible, sino que tiene efectos desastrosos para la estabilidad del sistema político.

La **segunda premisa** de la doctrina del mal menor, además de reconocer que el uso de la violencia por el Estado es necesario, también acepta que está mal y que desconoce los principios del Estado de derecho. Tal proceder se justificaría en que hacer el mal no era la intención querida y en que el mal infligido es menor a las consecuencias devastadoras que se pretende evitar. Ejemplos de la aplicación de la doctrina del mal menor serían: la decisión de torturar para saber dónde está la bomba; la orden de disparar contra un avión comercial secuestrado por terroristas, dada la alta probabilidad de que sea utilizado como misil; las detenciones masivas para atrapar posibles terroristas, o la intervención indiscriminada de las telecomunicaciones privadas para capturar sospechosos y minar así las bases de apoyo a movimientos terroristas o subversivos.

Tres argumentos apoyan la segunda premisa de la doctrina del mal menor, a saber, la necesidad de la violencia extralegal. Esos argumentos se refieren a:

- La doctrina del doble efecto (esgrimida por la ética tomista);
- La imposibilidad de identificar al enemigo; y
- La presencia de un caso trágico.

Según la doctrina del doble efecto, si la intención del gobernante no era asesinar,

torturar, etcétera, sino garantizar la seguridad de la población, entonces hacerlo, pese a estar mal y ser moral y jurídicamente indebido, no genera responsabilidad. Como bien lo ha anotado la crítica filosófica, la doctrina del doble efecto resulta insostenible, puesto que deja en manos del agente la determinación de sus 'reales' intenciones al cometer un delito. El mismo Herodes no habría tenido la intención de sacrificar a los recién nacidos, sino de preservar su reino.

Por su parte, la imposibilidad de identificar a los terroristas lleva a la adopción de medidas preventivas indiscriminadas que afectan a toda la población, lo que acaba minando finalmente la seguridad colectiva que se pretende proteger.

Finalmente, la evocación del caso trágico para justificar medidas extremas tampoco resulta una tesis convincente, cuando el Estado mismo recurre al asesinato selectivo, la tortura, las capturas colectivas, etcétera. El uso del terror estatal termina por socavar las propias bases de justificación de la organización política. Y es que precisamente la organización política basada en la inviolabilidad de la persona humana, es lo que permite vencer argumentativamente al anarquista cuando interroga por qué no ha de ser mejor el no-Estado que el Estado; es precisamente por el respeto a la autonomía del individuo, su inviolabilidad y la necesidad de limitar el poder

coactivo estatal por vía de la implantación de un sistema de justicia independiente e imparcial, que el gobierno no se convierte en un simple contendiente más en la lucha por el poder, sino que se limita a cumplir con su papel de ejecutor de las leyes vigentes.

La **tercera premisa** de la que parte la doctrina del mal menor, somete su aplicación al "control de instituciones libres". Se pretende así limitar el poder exorbitante del ejecutivo mediante la deliberación democrática. Sus decisiones se someten al escrutinio público y al control judicial.

No obstante, la supuesta garantía de control resulta superflua cuando se ha aceptado que contra el terrorismo es necesario violar los derechos fundamentales y desconocer la legalidad. Si tales conductas son posibles, no es claro qué papel deba cumplir el control democrático. Por el contrario, es un contrasentido pensar que la violación de los derechos y libertades puede legitimarse por la aceptación que tales medidas obtengan de la población mayoritaria. Tal es una concepción formal de la democracia que permite incluso negar sus condiciones de posibilidad, a saber, la libertad individual de sus gestores y destinatarios.

El control judicial en estas circunstancias no infunde legitimidad alguna al criterio del mal menor. El que sea una decisión legislativa la que

enumere los casos en que puede eliminarse selectivamente a una persona, la manera como ha de ser torturada o los derechos de los que puede ser privada en nada cambia los efectos destructores que tales decisiones tienen sobre la legitimidad política del Estado. Además, la vaguedad del término "instituciones libres" permite que dicho control se ejerza a posteriori, cuando el daño ya ha sido cometido, o se haga por instituciones no independientes, como cuando tribunales marciales deciden sobre la legalidad de la detención de civiles o ejercen las funciones de policía judicial.

La doctrina del mal menor deja más interrogantes abiertos que los que ella contribuye a resolver y no ofrece ningún criterio para calificar una acción de buena o mala, así como tampoco para dimensionar en qué medida lo es. Ello puede depender de la perspectiva asumida al abordar el caso: una foto de insinuaciones sexuales y cuerpos desnudos es quizás irrelevante para un protestante mientras puede ser un mal aborrecible para un musulmán. La doctrina del mal menor acoge intuitivamente una cierta concepción del mal, sin afrontar el problema de su fundamentación filosófica ni asegurarse de lograr un consenso mínimo en la sociedad entre personas racionales y razonables (Rawls) o entre los potenciales destinatarios de tales medidas (Habermas).

Por otra parte, la doctrina del mal menor justifica las guerras preventivas (como en el caso de la agresión de Estados Unidos contra Irak), con lo que se desconoce el derecho internacional, lo cual es visto simplemente como un mal menor. Al hacer esto se rompe el consenso entre países con culturas e intereses diferentes y se impone una concepción del bien. Tal doctrina termina así defendiendo un particularismo moral al igual que el fundamentalismo: ambas doctrinas creen tener la justicia y la verdad de su lado, lo que haría que su actuar estuviera justificado sin necesidad de procedimientos de acuerdo generalmente aceptados por todos los potenciales afectados.

Pero lo que más desconcierta de la doctrina del mal menor es su falta de fundamento teórico. Los dilemas que plantea la lucha antiterrorista para el sistema democrático de derecho, son resueltos de forma intuitiva, con una mezcla de realismo y candor. Dicha doctrina se inspira más en la reacción que en la reflexión. La cercanía a la línea de fuego (aquí es recomendable leer al Ignatieff novelista) no es la mejor consejera de decisiones sabias. Pensar y actuar en caliente, de cara a las heridas sufridas o como testigo del horror engendrado por el terrorismo, no contribuye a enfrenar adecuadamente el problema. Combatir el terrorismo requiere entender qué lleva a una persona a convertirse en terrorista y

adoptar medidas para eliminar las condiciones objetivas que propician o favorecen tal conducta. La irracionalidad del terrorista debe enfrentarse con las armas de la razón, la sensibilidad y la prudencia. Incluso desde una perspectiva pragmática focalizada en los resultados, es claro que la política de imposición de los propios intereses mediante la fuerza no logra prever, y menos controlar, la diversidad y multiplicidad de consecuencias de orden social y psicológico que genera, a corto, mediano y largo plazo, el ejercicio arbitrario del poder.

Los medios con que se puede dotar al Estado en la lucha contra el terrorismo, deben respetar los derechos humanos. En oposición a Hobbes, Kant sitúa la legitimidad del poder estatal en el reconocimiento y respeto del valor intrínseco de la persona. Para la filosofía kantiana el respeto de la libertad y la dignidad humanas es una premisa necesaria de la vida en civilidad; el enfoque kantiano no acepta la instrumentalización del otro. Condición de posibilidad de la vida republicana es la libertad de la persona y el reconocimiento de su igual valor, lo que supone tomarse en serio los derechos individuales, incluso en estados de excepción.

Para asegurar que la representación de la organización política (el Estado) no se rebaje a la condición de terrorista, es necesario además someter las decisiones del ejecutivo a una instancia

de control judicial imparcial que garantice su sujeción a los principios constitucionales e internacionales de derechos humanos. Esto porque la garantía de los derechos y libertades individuales es uno de los fundamentos de la seguridad para todos. La inalienabilidad de los derechos humanos busca precisamente impedir que el individuo, sea culpable o inocente, pueda ser sacrificado en el altar de los bienes o intereses colectivos.

En la búsqueda de medios eficaces en la lucha contra el terrorismo es necesario no caer en la tentación de aceptar medidas radicales como las detenciones masivas, la negación del debido proceso, la tortura, las muertes selectivas, etcétera. Tanto el legislador, al establecer los medios legales, como el ejecutivo, al disponer de ellos, deben ponderar los fines de la seguridad con la restricción razonable y proporcional de los derechos y libertades individuales dentro del marco del derecho internacional y nacional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana es, a estos efectos, una muy buena consejera.

CONCLUSIÓN

La paradoja de otorgar poderes exorbitantes al Estado para asegurar su efectividad contra los terroristas, consiste en que esta decisión fomenta el terrorismo estatal y, con ello, refuerza el fenómeno que pretende combatir.

Una efectiva lucha contra el terrorismo tiene que cumplir con la doble exigencia de afianzar la legitimidad del sistema – lo cual sólo se logra mediante el respeto de los derechos humanos– y de deslegitimar el uso del terrorismo.

El fortalecimiento de la capacidad investigativa del Estado; el aumento de los salarios a los miembros de la policía y las fuerzas militares; su mejor y mayor instrucción; la mejora en el intercambio seguro de información en materia penal; un sistema efectivo de protección de testigos; el aumento en la calidad de la educación legal de los funcionarios públicos; la inversión en investigación científica en las áreas de criminalística, sociología, antropología e historia; la intensificación en la cooperación y coordinación de las funciones de prevención por parte de los órganos de control (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo), son sólo algunas medidas adecuadas para tal fin.

La desastrosa experiencia del paramilitarismo en Colombia como instrumento de lucha antiguerrillera, o la estadounidense con las prácticas de tortura que pretenden legalizarse (LEWIS, 2004), que se extienden como un cáncer que carcome la sociedad, deben servir para deshacerse de la tentación de echar por la borda los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En este sentido, valdría la pena leer con atención los comentarios de Ronald Dworkin (2003, 2004), jurista y filósofo político ampliamente

reconocido, en relación con los recientes fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos (Hamdi v. Rumsfeld; Rumsfeld v. Padilla; Rasul v. Bush), en vez de acoger las tesis infundadas del novelista y publicista Ignatieff. Muy a pesar de la acogida que éste tiene en algunos círculos de la dirigencia colombiana, su posición teórica refleja más el sentir de una población asustada, amenazada y desorientada, que una tesis de filosofía política y moral que tenga la capacidad de pasar por el tamiz de la razón.

BIBLIOGRAFÍA

DWORKIN, Ronald. 2003. *Terror and the Attack on Civil Liberties*. New York: The New York Review of Books.

2004. *What the Court Really Said*. New York: The New York Review of Books.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 2004. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa.

IGNATIEFF, Michael. 2005. *El mal menor. Ética y política en una era de terror*. Madrid: Taurus.

LEWIS, Anthony. 2004. *Making Torture Legal*. New York: The New York Review of Books.