

La culpa de la guerra en Hannah Arendt y Karl Jaspers

The war guilt in Hannah Arendt and Karl Jaspers

Pablo Galain Palermo¹

Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Alemania
Universidad de la República de Uruguay, Uruguay
p.galain@mpicc.de, galain.pablo@gmail.com

Resumen

Este ensayo reflexiona sobre un artículo de Alan Norrie que se ocupa del concepto de culpa tratado por Hannah Arendt y Karl Jaspers en relación a los crímenes de lesa humanidad del régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial. La atribución de la culpa que hace el derecho penal internacional para reaccionar contra estos crímenes contra los derechos humanos no abarca las formas colectivas de culpa, que se ubican generalmente más allá del derecho y de la doctrina penal. El derecho penal internacional no parece ser la única vía para atribuir culpa por los crímenes cometidos durante regímenes totalitarios, sin embargo, es la forma más utilizada cuando se trata de resolver el pasado.

Palabras clave: culpa, derecho penal internacional, justicia de transición, derechos humanos, crímenes de lesa humanidad.

Abstract

This essay reflects on Alan Norrie's article "Justice on the slaughter bench: the problem of war guilt in Arendt and Jaspers". In his article Norrie addresses the difficulties surrounding the attribution of guilt for crimes against humanity committed by the Nazi regime during WWII. The attribution of guilt offered by criminal law against such crimes does not entail forms of collective guilt, which are generally beyond the scope of criminal law doctrine. Although criminal law does not seem to be the only mechanism to attribute guilt for crimes committed during totalitarian regimes, it has become the most common mechanism to resolve the atrocities of the past.

Keywords: guilt (criminal responsibility), international criminal law, transitional justice, human rights, crimes against humanity.

¹ Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Günterstalstraße 73, 79100, Freiburg, Alemania. Universidad de la República de Uruguay. Avenida 18 de Julio 1824, 11200, Montevideo, Uruguay. Becario Post-Doc Marie Curie.

La lectura del artículo de Alan Norrie “Justice on the slaughter bench” (2008) suscita preguntas y reflexiones. La pregunta de base es ¿cómo imputar la culpa y juzgar a individuos o sociedades -pueblos- por crímenes que hasta ese momento no habían sido pensados como posibles? Pero además, por un lado, cómo imputar culpas sin adoptar posturas maniqueas que parten de códigos binarios: bien/mal, amigo/enemigo o vencedor/vencido y, por otro lado, cómo “hacer justicia” secular sin recurrir a “chivos expiatorios” (Todorov, 2010).

Alan Norrie plantea el problema de la culpa ante la comisión de crímenes atroces -específicamente en relación al holocausto cometido por los nazis-, según un análisis de las posturas de Arendt y Jaspers, que no puede actualmente llevarse a cabo sin considerar el contexto y desarrollo de la justicia penal internacional, lo que es aceptado por Norrie.

A lo que agregó mi opinión, según la cual no se puede interpretar el problema de la culpa ante la comisión de crímenes atroces sin consideración de los objetivos enunciados por este nuevo campo de acción que es la Justicia de Transición (Galain Palermo, 2015). Bajo estas formas de “hacer justicia”, el problema central sigue siendo el mismo, la imputación de culpa a los responsables y la ejecución de un castigo individual que libere de culpa y responsabilidad al resto -grupo, colectividad o pueblo-.

La imputación individual de la culpa es la forma tradicional para “hacer justicia” de un modo secular, también ante los crímenes internacionales (crímenes de lesa humanidad, genocidio, como sus principales tipos penales), que por definición exigen “elementos de contexto” (realización masiva y sistemática, propia de una política de gobierno o de un sistema institucional) que tornan prácticamente imposible la comisión individual. Véase que la lógica de la justicia penal basada en A mata a B y debe responder por ello si lo ha realizado intencionalmente -sin justificación ni exculpación-, es la que se aplica cuando se trata de los crímenes más graves contra los derechos humanos, aun cuando ellos fueron cometidos por instituciones que siguen políticas de Estado.

Esta lógica permite explicar el castigo de los delitos comunes, pero se muestra insuficiente, pierde su fuerza, su sentido deontológico y comunicativo, cuando se trata de políticas de Estado, donde los individuos quedan mediatizados institucionalmente. Y por lo tanto, la lógica para “hacer justicia” debería diferenciar por funciones, cargos, escalafones, etc., de modo que la mayor culpa recaiga sobre los cargos gerenciales y no sobre los ejecutores materiales, que generalmente son simples “receptores” de las órdenes. En institucio-

nes fuertemente verticalizadas, la mayor culpa se debe concentrar en la cúspide de la pirámide, en donde se concentra la totalidad de la información, se diseñan los planes de acción y se exige a los subordinados el *cumplimiento de un deber*. Cuando se trata de la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos masiva y metódicamente, el dolo se concentra en los que diseñan la política “genocida” o de grave violación de los derechos humanos. Esto no significa que los partícipes y colaboradores carezcan de él, pero su conocimiento es generalmente compartimentado y parcial, lo que justifica que el reproche de culpa sea menor cuando se trata de castigar una intención que se tiene que ajustar a un resultado con conocimiento del tipo penal que se realiza. La justicia penal no solo se encarga de imputar culpas y cuantificar castigos para devolver la paz jurídica, porque para ser legal ella tiene que ser ética. La imputación penal de los crímenes de los aparatos organizados de poder fue bien resuelta por el profesor Roxin luego del juicio de Eichmann en Jerusalem (Roxin, 1963), mediante una minuciosa distribución de mayores “culpas” (responsabilidad y reproche) según funciones y ejercicio de poder: “dominio del hecho”, lo que permitía superar la vieja teoría del autor de *mano propia*, diferenciando a los dirigentes que impartían órdenes (autores mediatos) de las “simples ruedecillas” ejecutoras que podían ser intercambiables (autores inmediatos). Frente al caso concreto el sistema penal luego escogerá de todos los autores y partícipes aquellos a los que tiene capacidad de probar y juzgar su efectiva participación en el hecho para cumplir con las exigencias del principio de culpabilidad mediante los principios político-criminales de selectividad, necesidad y oportunidad. La contundencia de la prueba es el mazo que puede romper el principio de inocencia y legitimar la condena pública que deviene *merecida*. El castigo, la declaración pública que contiene la condena jurídica, rompe con la impunidad y devuelve el equilibrio perdido entre el autor y la víctima porque redefine la relación entre ellos según estándares jurídicos dotados de autoridad, que son los que diferencian al castigo (retributivo) de la venganza -que deja intacta la vergüenza y no lo otorga “razón a la víctima”- (Malamud Goti, 2008). La ejecución de la pena, por último, escapa a la lógica retributiva y tiene que ser *necesaria* según fines de prevención.

En ese contexto de principios y garantías es que se deben interpretar las proclamas de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos de “Nunca Más” y de “Juicio y Castigo a los Culpables” mediante la utilización del mecanismo de justicia de transición *derecho penal*, cuando -frente a la imposibilidad de imputar

instituciones o responsabilidad colectiva- se trata de atribuir culpas a los individuos que formaron parte de aparatos criminales que cometieron graves violaciones de los derechos humanos de forma sistemática y masiva como parte de una política estatal de exterminio (genocida) o de terror (terrorismo de Estado).

Esta lógica obedece a las formas de imputación de la culpa penal, que no es el ámbito en el que Norrie analiza el problema de la culpa. Cuando se trata de atribuir culpas por los más graves crímenes contra la humanidad, la prevención puede confundirse con la retribución y el merecimiento abarca tanto la condena pública como la ejecución de la pena. En ocasiones, la figura del juez puede llegar a confundirse con la de un historiador que atribuye la culpa a unos pocos para la necesaria explicación y entendimiento de un conflicto más allá de los estrictos merecimientos individuales. La teoría del *chivo expiatorio* como sacrificio exculpatorio puede fracasar ante el “terrorismo de Estado” o de los “aparatos organizados de poder”.² El problema de la imputación de la culpa que aborda Norrie va más allá de las exigencias constitucionales del principio de legalidad, de la proporcionalidad de los castigos y de cuestiones materiales o formales, como, por ejemplo, la prohibición de retroactividad penal o la imprescriptibilidad. El problema desborda los principios y garantías de las técnicas de imputación penal y conecta con la filosofía y la moral.

Habiendo comprendido que el tema en cuestión sobrepasa la frontera del derecho, otra arista del problema se relaciona con la función moral de la publicidad o comunicación del castigo -juicio de reproche- a criminales cuyos actos están fuera de los límites de la moral, en tanto no habían sido pensados como posibles. Y si esto es así, como lo consideraron muchos filósofos, analistas políticos, cientistas sociales e historiadores, entonces cabe preguntar: ¿qué sentido y finalidad tendría el castigo de personas que se encuentran fuera de las pautas morales en que se aplican las sanciones y las penas? ¿Qué función tiene el castigo de estos crímenes? ¿Debemos aceptar que la teoría de la pena se apoye en la mera retribución que admite el “ojo por ojo” y “muerte por muerte”? ¿Es justificado el castigo como mero acto de venganza o revancha para reparar a las víctimas? ¿Estamos frente a un necesario mecanismo político de ejercicio de la “justicia del vencedor para con el vencido”? ¿Necesitamos al “chivo expiatorio” para la explicación y elaboración del conflicto o para la “redención de la culpa colectiva”? Pero además, si consideramos la principal

crítica de Hannah Arendt en sus comentarios al juicio de Eichmann, ¿cómo se castiga de un modo racional-comunicativo a un obcecado, un fanático, un loco o un hombre que, sin ser “radicalmente malvado”, renuncia a pensar fuera del contexto de una ideología totalitaria basada en la ausencia de contradicciones individuales?

Demostrada la insuficiencia de la teoría iluminista del “mal radical”, tan solo queda en pie la explicación teleológica medieval de Tomas de Aquino: la “deshumanización” por medio de la comisión de actos inhumanos voluntarios, acorde con la concepción del mal como negación del ser, justificaba la eterna *miseria consummata* y, en la tierra, incluso la pena de muerte, que acaba legalmente con la vida de aquel que “ha dejado de ser” (humano) y se ha convertido en *hostis generis humani*. Esto hubiera significado un paso atrás en las teorías sobre el entendimiento de la condición humana, de modo que Arendt procura otra explicación (Ambos et al., 2012).

Eichmann era un “buen padre de familia” y un buen funcionario, lo que plantea un desafío mayor a las construcciones filosóficas de *raíz kantiana* que atribuían el mal radical a seres radicalmente malvados. Eichmann era un hombre común que cometió o colaboró con la comisión del exterminio masivo de seres humanos, circunstancia que condujo a Arendt a construir una noción “banal del mal” para poder explicar las atrocidades mediante atribución de la culpa. El castigo se merecía por la ausencia de pensamiento y contradicción a la política de Estado, aunque esta justificación del castigo hubiera demandado posiblemente un *comportamiento heroico o disidente* por parte de Eichmann, comportamientos que el derecho no se atreve en determinadas circunstancias a exigir (de allí las justificaciones y exculpaciones), pero que pueden ser sopesados en el área de la virtud, la ética y la moral, y, por tanto, reprochables desde el punto de vista de la filosofía, la política o la religión. Sea como fuere, la justicia basada en una verdad fáctica explicativa de los hechos del pasado -y no en una verdad fáctica limitada al código binario culpable/inocente- se asemeja más a la amplia verdad de los hechos procurada por el historiador que a la limitada verdad competencia del juez.

Los crímenes de lesa humanidad no pueden ser “investigados”, “analizados” y “juizados” en lo normativo (tipicidad), sin considerar los elementos de contexto, masividad y sistematicidad (Ambos, 2014; Werle, 2003) y, en lo fáctico, no pueden ser “pensados”, “comprendidos” y “elaborados” con independencia de las circunstancias histórico-contextuales y políticas en que se

² Hoy en día, algunos gobiernos todavía rechazan la posibilidad de que un Estado pueda actuar de forma “terrorista”. Para el caso de la administración Bush en los EE.UU, ver Bovan (2004).

cometieron (también económicas, geopolíticas, sociales, científicas, universitarias, etc.). Tampoco -cuando se trata de crímenes que obedecen a determinadas políticas de Estado- se puede prescindir de las ideologías, los avances de la ciencia, el progreso industrial, los intereses de las clases dominantes, la opinión pública, los activistas políticos y sociales, los sindicatos y movimientos obreros, las teorías del pensamiento y las posiciones de científicos e intelectuales -muchos de ellos exigiendo la “construcción de nuevos modelos políticos y de un hombre nuevo”-.

Los Estados totalitarios no nacieron espontáneamente como consecuencia de la revolución proletaria o la dictadura fascista (nacional-socialista); ellos abrazaron un espíritu imperial y reformador del orden existente en procura de “un hombre nuevo”. ¿Qué o quiénes fueron los responsables de los totalitarismos que causaron los peores crímenes contra la humanidad? ¿Cuántos son los culpables de las masacres y las más graves violaciones de los derechos humanos? ¿Cuántas culpas hay que expiar, a cuántos hay que imputar? ¿Cuándo se cruza la frontera de culpabilidad entre algunas teorías filosóficas y científicas (naturales y sociales) que sirvieron de base a las políticas de exterminio de los regímenes totalitarios? A modo de ejemplo, de la complejidad de esta búsqueda de responsables, la historia nos cuenta que la ciencia en general (los científicos) colaboró con el desarrollo de políticas basadas en la eugenesia, en muchos casos, para legitimar las denominadas “instituciones totales”.

Las lógicas de la violencia vienen del siglo XIX y se manifiestan fuertemente en la Primera Guerra Mundial, tienen su origen en un imaginario paranoico engendrado por el miedo, una concepción totalitaria del mundo que desemboca en arquitecturas políticas de construcción o refundación del Estado (Brunetau, 2004). Estas lógicas y formas de racionalidad totalitarias explican las acciones genocidas devenidas en proyectos políticos o sociales.³ Hasta la Segunda Guerra Mundial las políticas eugenésicas habían definido el control social -curación y/o custodia- en los hospitales, las cárceles, las escuelas, etc., separando a curables de incurables, recuperables de irrecuperables, educables de no educables (Taylor y Bogdan, 2000; Foucault, 1989). Las ciencias antropológicas aceptaban una “biología racial” para explicar que “en última instancia todo acontecer histórico es resultado de la acción recíproca de cualidades raciales innatas” (críticamente, Weber, 2001, p. 58). Estas

ciencias que admitían supremacías raciales y políticas basadas en la separación o segregación de los “malos genes” para evitar su propagación en el orden social no pueden ser consideradas neutras ni libres de culpa en relación con los hechos llevados al extremo por el régimen nazi, con su política de exterminio, considerada la “solución final al problema judío”. ¿Qué hicieron las potencias de occidente cuando el régimen nacional-socialista anunciaba antes del inicio de la guerra sus planes de segregación y posible exterminio de las minorías raciales, étnicas, disidentes, “asociales”, “indeseables”, etc.? ¿Con qué objetivo se reunieron 33 países (20 de América Latina) en la Conferencia de Evian del 6 al 15 de julio 1938, cuando ni siquiera allí decidieron ampliar los cupos de inmigración (entre otros, países que siempre abrieron sus fronteras a los inmigrantes como Argentina, Chile, México y Uruguay incluso redujeron sus tasas) para acoger a los judíos víctimas de persecución política en Alemania? ¿Se puede justificar la omisión de aquel momento histórico con el argumento de que era “impensable” e “inexplicable” el desenlace final? ¿Exime de culpa el “Yo no sabía”, “No lo imaginaba”? ¿No tenía el mundo occidental indicios del holocausto que Hitler y sus huestes anunciaban mediante leyes, decretos y sentencias judiciales? ¿Hasta dónde la omisión de los que especulaban con una posible victoria alemana se puede convertir en colaboración? Occidente no solo estuvo inerte sino también connivente con el antisemitismo construyendo auténticos “silencios consensuales”, también al momento de hacer memoria, pues como denuncia Forrester (2008, p. 11): “la guerra contra el nazismo no ha tenido lugar”.

Al momento de atribuir las culpas, no debemos olvidar que los nazis llevaron a la práctica teorías y políticas dominantes hasta fines de la década del 20 en Europa. Variable que ayuda a comprender el “espíritu colaboracionista” de tantos ciudadanos (alemanes y de otros países dominados por los nazis) con las políticas de exterminio. Ni Arendt ni Jaspers se preguntaron cuánta responsabilidad cabe a la ciencia (física, filosofía, sociología, derecho, medicina, etc.) por el desarrollo de teorías y políticas que derivaron en el exterminio de los considerados “inservibles”, de cuya existencia y proliferación la sociedad debe hacerse cargo. Los nazis llevaron estas políticas de la eugenesia al exterminio; ahí radica su culpa y el merecimiento de la pena, pero esta atribución de culpa no diluye la responsabilidad de

³ “El imaginario totalitario se sirve de la utopía: la de una sociedad homogénea, indiferenciada de lo político y liberada de sus conflictos recurrentes (luchas de clases, tensiones ‘étnicas’)” (Brunetau, 2004, p. 248). Aunque, al fin de cuentas, los totalitarismos no han podido poner fin a la naturaleza conflictiva de la sociedad humano ni siquiera cuando han recurrido a acciones genocidas (Brunetau, 2004).

quienes sostuvieron estas tesis en el ámbito teórico y de quienes permanecieron inertes en el ámbito político.

El motivo por el cual Jaspers no profundiza en el concepto de “culpa colectiva” es un tema a develar, tal como lo plantea Norrie.

En la República Federal de Alemania, el problema de la culpa, a pesar de que se elabora constantemente desde temprana edad en la escuela primaria, todavía tiene ribetes de tabú en algunas generaciones. Cuando llegué en el año 2003 al Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional en la ciudad de Freiburg, al sur de Alemania, tuve numerosos encuentros con el exdirector Hans-Heinrich Jescheck, quien había participado en la Segunda Guerra Mundial, cayendo prisionero de las fuerzas vencedoras en Francia. Desde esta posición pudo observar cómo la justicia penal -internacional- seleccionaba culpas, como si se tratara de una “justicia política” interesada en juzgar solo una parte de la historia, una parte de los hechos, algunos autores y liberar de responsabilidad a otros según un criterio binario de vencedor/vencido. Posiblemente, este hecho le permitió dedicarse al derecho penal -internacional-, desde donde intenta comprender la lógica que se escondía detrás del juicio de Núremberg, primer mojón del campo de acción que hoy se conoce como “Justicia de Transición”.

Como muchos alemanes que participaron activa o pasivamente durante la vigencia del régimen nacional socialista, Jescheck rehusó hablar, en detalle, sobre los crímenes y las graves violaciones a los derechos humanos, a pesar de mis insistentes preguntas sobre los crímenes planeados y ordenados desde un aparato organizado de poder. En un libro sobre el juicio de Núremberg, ensaya alguna explicación donde lisa y llanamente habla de “revancha” (*Vergeltung*) y centra la discusión del castigo sobre los “órganos de Estado” hacedores de las políticas criminales, antes que en el castigo individual (Jescheck, 1952, p. 1-5).

A lo largo de este trabajo, Jescheck se refiere a un derecho penal de los “victoriosos” sobre los “vencidos”, que parece ser la lógica detrás de los procesos de Justicia de Transición. Hoy existe una Corte Penal Internacional previa a la comisión de los hechos que puede brindar garantías de imparcialidad, por más que no abarque a todos los ciudadanos del orbe, mantenga el principio de selectividad a la hora del caso concreto y la injerencia política del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El artículo en comento no solo deja abierta esta discusión sobre la jurisdicción internacional sino que plantea el problema de la justicia penal internacional como una “justicia política” o “justicia de vencedores

sobre vencidos”. Esta cuestión va más allá del principio de selectividad característico de la justicia penal internacional, notorio en la primera sentencia de condena emitida por la Corte Penal Internacional (ver Ambos et al., 2014), y se relaciona también con la forma y legitimidad de la imputación de la culpa en una justicia política en la que se prescinde de la figura imparcial del juez. De este modo, si se cuestiona la imparcialidad de quien imparte justicia, debe analizarse seriamente la posibilidad de buscar otros mecanismos políticos que permitan llevar a cabo formas de “justicia” aceptadas con mayor consenso, diferentes a una justicia penal impartida por jueces parciales.

Max Weber, por su parte, considera que no se debe ahondar en el problema de la culpa tras una guerra, y que el objetivo debe ser el de concentrarse en las consecuencias futuras, porque se trata de conservar la dignidad del vencido al momento de contemplar los intereses materiales y morales del vencedor. Buscar culpables por los hechos del pasado “es incurrir en culpa política, si es que las hay”, y solo serviría para que el vencedor obtenga mayores ganancias morales y materiales de la confesión de culpa del vencido. Se debe evitar la utilización de la “ética” como medio para tener razón y crearse una “legitimidad”, en virtud de la cual cargar las culpas sobre otros y justificar la conducta propia (Weber, 1967, p. 157-159). Pero la pregunta que Norrie deja abierta para la discusión, desde un plano más amplio que el jurídico-penal y el sociológico, es, ¿qué tipo de reacción postconflicto no constituye justicia de vencedores y cómo se evita la revancha cuando la víctima -y su grupo de interés- ahora ocupa el poder?

Para reconstruir una sociedad tras un gran conflicto en que se violaron seriamente los derechos humanos y en el que muchos participaron de modo activo o pasivo, es necesario repartir las culpas de un modo distributivo y retribuir donde exista merecimiento. Ahora bien, la teoría actual de la pena ha superado la mera retribución kantiana de los castigos basados en el merecimiento de culpa y se exige que el castigo sea necesario, ahora y para el futuro. Como sostiene Forrester: ¡Nunca más! Pero ¿nunca más qué? (2008). Aquí es donde nuevamente la teoría cojea de una pata, se abre la posibilidad de utilizar “chivos expiatorios” para brindar una solución aparente de un conflicto que no está resuelto y donde se necesita la apertura de nuevos caminos, como el que muestra la justicia restaurativa, que procura, además de la paz jurídica, la reconciliación y la paz social mediante acuerdos para la reparación de las víctimas. Este es un camino a seguir en el que pueden afluir otros mecanismos para cumplir con los objetivos

de verdad, reparación y justicia, como son las comisiones de la verdad, la reparación material y simbólica y los procesos de purga en los cargos públicos (Fabricius, 2015; Galain Palermo y Garreaud, 2012).

Retomando el tema de la culpa, tema principal del artículo, hay que referirse al concepto de “culpa colectiva” de Jaspers, que parte de una clara distinción entre formas de culpa interna y externa. Esta diferencia permite una profundización que separa la posibilidad de imputar responsabilidad individual de otras formas de responsabilidad colectiva. Desde un punto de vista jurídico penal, no todos los sistemas (nacionales o internacionales) aceptan formas de culpa ajenas a la persona física (culpa individual). Alemania, por ejemplo, todavía rechaza la posibilidad de culpabilizar penalmente a las personas jurídicas. Por otra parte, son pocos los casos en que los criminales actúan como *Rodion Romanovitch Raskolnikow*, reuniendo lo interno y lo externo de la culpa. La culpa interna debería operar como freno inhibitorio (preventivamente) y su fracaso no garantiza *post facto* que ella opere como autorreproche o asunción de responsabilidad (condena moral). El tema es, ¿dónde está el límite para la culpa colectiva? El castigo colectivo, por ejemplo, de las instituciones responsables de las políticas de exterminio también puede desembocar en que “paguen justos por pecadores”. Lo cierto es que, según nuestra forma de “ver el mundo”, en última instancia, alguien tiene ser ofrecido en la “mesa de los sacrificios” para limpiar los pecados de todos, terminar con el desequilibrio de la impunidad y darle la razón a la víctima.

En Uruguay, la dictadura cívico-militar (1973-1985) cometió crímenes de *lesa humanidad*, por lo cual se creó un mecanismo político-jurídico (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) que permite al Poder Ejecutivo decidir cuándo se habilita un caso puntual para la investigación judicial (Galain Palermo, 2013a, 2013b). Este mecanismo de justicia de transición fue aprobado mediante dos consultas populares (Referendum de 1989 y Plebiscito de 2009) en las que la sociedad uruguaya deslindó cualquier tipo de responsabilidad colectiva con los crímenes del pasado. Pero esta ausencia de voluntad de revisión interna de la culpa colectiva (incluso para imputar culpas individuales o para escoger algunos chivos expiatorios) fue desestimada por una instancia supranacional encargada de velar por la custodia de los Derechos Humanos en la región americana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la sentencia del caso Gelman en 2011 condenó a Uruguay por el mantenimiento en su ordenamiento jurídico de la Ley de Caducidad, todavía vigente al momento de escribir este comentario, y dictaminó

-de algún modo- que no hay mecanismo de democracia directa posible que exima de la investigación necesaria para la imputación de culpas y castigos. Claro está, esta jurisdicción supranacional no tiene competencia para castigar individuos, pues solo le compete el “comportamiento” de los Estados en relación al cumplimiento de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. La CIDH exige la investigación con el objetivo del castigo (no hay otro posible cuando se recurre al derecho penal en un contexto de justicia de transición) de personas individualmente responsables y se opone razonablemente a que una sociedad determinada decida “olvidar” los hechos (porque para olvidar hay que saber lo que se quiere olvidar), pero también se opone a que una sociedad decida “perdonar” a los culpables (porque para perdonar primero hay que saber lo que se perdona). Todo indica que la CIDH se opone a formas de olvido y perdón sin conocimiento (verdad), esto es, sin una previa investigación. Sin embargo, la CIDH va más allá y exige -como formas de reparación de las víctimas y de justicia- el castigo (prohibición de amnistiar) y el cumplimiento efectivo de la pena (ver Masacre La Rochela en Colombia). De esta forma, aunque la competencia del juzgador solo admita el castigo de los Estados, el órgano encargado de “juzgar” las “culpas colectivas” (ver caso Gelman vs. Uruguay) sugiere que los caminos para la realización de la justicia convergen indefectiblemente en el castigo individual. Como se ve, los órganos jurisdiccionales apegados a “formas de ver el mundo” occidentales (judeo-cristianos) ofrecen pocas alternativas para la elaboración del conflicto mediante la imputación de culpas colectivas.

El problema de la culpa, desde un punto de vista jurídico, nos conduce a la posibilidad de juzgar al culpable para que expie su comportamiento y la ley recobre vigencia mediante la reparación del orden jurídico contradicho (lo que nos obliga a introducirnos en la filosofía política del castigo); pero, al mismo tiempo, deja abierta la posibilidad de resolver el problema de la culpa de un modo inclusivo, reparador de las relaciones sociales con un objetivo de reconciliación o pacífica convivencia, que sin prescindir del reproche público del culpable prescinda de la venganza pública que significa la ejecución de una pena. Quien solo se decanta por una forma de justicia retributiva o vindicativa acepta como punto de partida y como objetivo que el sistema realiza un acto justo, merecido y legítimo de ejercicio de autoridad legal y moral; porque el fenómeno del castigo implica la legitimidad para reprochar moralmente una conducta contraria a las normas propias de la pacífica convivencia.

Ahora bien, la legitimidad jurídica proviene de los principios constitucionales y legales que exigen la previa existencia de la prohibición y la constatación de un comportamiento intencional (culpable) para que sea posible una imputación de responsabilidad penal y la ejecución de un castigo. La justicia penal se basa en la constatación de la culpabilidad que permite la condena pública y la ejecución de la pena para lograr la *pax jurídica*. Pero la justicia penal también puede basarse en la restauración de las relaciones sociales rotas por el delito con la finalidad de reparación del daño a la víctima y pretender de ese modo, también como objetivo, el logro de la paz social. Cuando se habla de justicia penal restauradora, la expiación del delito se puede llevar a cabo sin necesidad de “eliminar” al autor de la faz de la tierra, como terminó legitimando Arendt al momento de la condena sobre Eichmann, calificada como “necesaria” para la reparación de las víctimas, legitimando que aquel y estas no podían convivir o coexistir (Arendt, 2004).

Al final del día, la revisión del pasado para solucionar el problema de la culpa no es un asunto que pueda resolver únicamente el derecho penal mediante la imputación de responsabilidad individual, si bien la experiencia comparada en los casos de justicia de transición parece indicar que la imputación penal para los principales responsables deviene necesaria (Fornasari, 2013). El derecho penal también se tiene que encargar de aquellos que participaron en la comisión de los crímenes (Muñoz Conde, 2015). Pero, ¿se puede elaborar el pasado únicamente mediante la retribución de la culpa de los principales responsables? ¿Hemos resuelto con el castigo de algunos individuos la atribución de culpa a todos aquellos que tuvieron algo que ver con las heridas del pasado? ¿Nos ha permitido el castigo penal de algunos averiguar la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos en el sentido amplio de quiénes, cómo y por qué? ¿Cuál es y cuánto abarca la verdad obtenida mediante el selectivo derecho penal? Sudáfrica inició un camino distinto de compensación de culpas. Brasil emprendió otro camino de búsqueda de la verdad y reparación mediante reparaciones masivas de las víctimas y la conformación de una comisión para la verdad, que el tiempo dirá si también puede ser entendido como un mecanismo para hacer justicia por los crímenes del pasado (Abrão y Genro, 2012; Torelly, 2012). La justicia penal, en el caso uruguayo, ha castigado a los autores, pero no ha podido descubrir el paradero de las personas desaparecidas. Se ha hecho justicia sin verdad (Galain Palermo, 2013a). Por eso, recientemente, el Papa Francisco ofreció su mediación para la constitución de un modelo similar al sudafricano -cambio de verdad por

Amnistía individual- para descubrir la verdad todavía oculta y el gobierno ha conformado una Comisión de la Verdad para la elaboración del pasado. El derecho penal no puede descubrir ni describir todo, porque el derecho tiene límites precisos que no pueden ser traspasados. El derecho no admite estados de excepción, ni siquiera para una buena causa (Terestchenko, 2011). El derecho penal deja abiertas muchas cuestiones del pasado y libera de culpa a la gran mayoría. Como la propia Arendt reconoce en el epílogo de su libro, en el juicio penal contra Eichmann estuvieron en juego una multiplicidad de objetivos e intereses que ultrapasaban largamente el ámbito del derecho y los fines procesales (Arendt, 2004). Allí incluso se discutió sobre la diferencia entre una “culpa real” y una “culpa potencial” (una especie de culpa colectiva) de todos los alemanes por los crímenes nazis, sutilezas conceptuales que escapan al derecho y que de algún modo exoneran de culpa a los que realmente deberían cargar con ella.

El problema de la culpa por los crímenes del pasado tiene muchas dimensiones y ofrece varios mecanismos políticos y jurídicos para una revisión ética que permita lo que Adorno llamó “enfrentarse a conciencia con el propio pasado”, y que “no debe confundirse con la confrontación existencial, con la propia culpa personal o con la persecución jurídica de acciones punibles” (Habermas, 2001, p. 53).

Según Habermas, no puede confundirse la culpa que en sentido moral o jurídico se imputa a individuos, con la responsabilidad de los ciudadanos de una comunidad política donde se practicaron o legalizaron vulneraciones a la dignidad humana. De este modo, el problema de la culpa en los regímenes totalitarios parecería que no puede ser sopesado con los parámetros éticos o morales del Estado de Derecho, lo que nos pondría en aprietos a la hora de rendir cuentas. Todo parece indicar que estamos en el campo de la “justicia política”, la cual puede desembocar en excesos al momento de juzgar otras “identidades colectivas” y en una peligrosa selectividad al momento de castigar los crímenes contra la humanidad.

La literatura considera a los juicios de Núremberg como el primer mojón de la Justicia de Transición (Teitel, 2003), un campo de acción que intenta conciliar los principios de justicia con las vicisitudes de la política. En ese contexto, Nils Christie se pregunta por qué los jueces británicos, norteamericanos y soviéticos no discutieron en Núremberg los hechos acontecidos en Dresden, Hiroshima, Nagasaki y en los Gulags, cuando tal debate hubiera sido importante para el conocimiento de la verdad (¿histórica?, ¿judicial?) en relación a la

Segunda Guerra Mundial (Christie, 2004). Y esto no va referido únicamente a los juicios de Núremberg e Israel contra criminales nazis, cuya legitimidad aquí no se cuestiona, sino que también abarca la dualidad de criterios existente en la propia Alemania para con sus dos procesos de justicia de transición, uno para elaborar el pasado de los criminales nazis (Gestapo) y otro para con los crímenes de la policía secreta de la República Democrática Alemana (Stasi).

La culpa metafísica-colectiva, la “culpa de todos”, reconocida por Jaspers no puede ser impuesta externamente porque es una forma de relacionamiento entre el individuo y su Dios. Ahora bien, la culpa metafísica debería abarcar un campo de acción mucho más amplio y podría servir como conector entre las formas occidentales de racionalización y comprensión de los fenómenos y otras cosmovisiones o formas de ver el mundo. De este modo, se podrían admitir formas colectivas de asunción de la responsabilidad y de reproche, con un objetivo punitivo-reparador, reconciliador y pacificador. En este sentido, más amplio, sobre la concepción de la culpa, se pueden admitir conceptos metafísicos o colectivos de responsabilidad que, antes que focalizar el castigo, ponen el acento en la reparación. En esta tarea la justicia restaurativa y la justicia de transición tienen mucho para aportar, porque sus avances conceptuales como “campos de acción” y como “herramientas de elaboración del pasado” pueden servir para dejar atrás tipologías de culpa que solo admiten un reproche externo acotado a la justicia penal individual y a la justicia política. La búsqueda de la paz social mediante el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas puede ser en muchos casos una forma suficiente de justicia. Claro está que formas externas de imputación de responsabilidad política y criminal son el camino que allana y hace posible que puedan tener lugar formas colectivas de culpa, en las que los más culpables han recibido su merecido. La separación e individualización de los criminales y responsables políticos del holocausto no exige de reproche interno (enfrentamiento a conciencia con el pasado reclamado por Adorno) a los otros miembros de la comunidad. La evasión de culpa perpetúa la injusticia y deposita parte de la culpa en las víctimas, perpetuando la vergüenza y el desequilibrio entre el autor y la víctima. El hecho de que la reparación de las víctimas haya sido asumida por el Estado alemán es una forma de asumir responsabilidad política, aunque puede ser discutible una interpretación de culpa colectiva. Algo similar sucede en el caso brasileño donde el Estado ha asumido todas las reparaciones, pero continúa protegiendo a los autores mediante una ley de amnistía

sancionada durante la dictadura militar. Lo que parece fuera de discusión para instancias jurisdiccionales supranacionales es que no habrá un proceso completo de elaboración del pasado sin una resolución positiva de la culpa individual, de modo que permanece como un tema discutible y abierto la culpa colectiva. Lo que no puede discutirse es que la imputación externa (penal) individual de la culpa no exonera de la reflexión interna y de responsabilidad colectiva (por acciones u omisiones). El hecho de no haber pensado lo impensable no puede servir de excusa absolutoria para una responsabilidad colectiva, porque el mismo argumento podría ser utilizado para eximir de culpa individual.

En el artículo en comento, Norrie se aferra a las categorías preexistentes del derecho occidental, basado en la individualización de la culpa y de la responsabilidad atribuida por un “tercero imparcial”. Pero en el tema analizado por Arendt y Jaspers, el problema es otro, no solo porque los crímenes nazis rompen con las categorías preexistentes, sino porque las tipologías de Jaspers intentan otras formas de culpa (algunas de ellas, colectivas) que obligan a recurrir a criterios y principios no solo de justicia (legal) sino también metafísicos. Ante problemas como este, cabe la creación de nuevas categorías y formas de pensar, construidas para resolver un problema que hasta ese momento no se había pensado como posible, previsible o probable. Ese es el momento de búsqueda de nuevas categorías explicativas que el devenir del tiempo someterá a verificación. Y para que esto ocurra no hace falta abrazar una epistemología fenomenológica; basta con una metodología “popperiana” para llevar a cabo este nuevo proceso cognitivo que permita realizar actos de justicia mediante la atribución de la culpa. De lo contrario, de no intentar nuevas categorías explicativas, podemos caer en la teoría del chivo expiatorio para “explicaciones” incompletas de la historia mediante una “justicia moralizada” (Todorov, 2010).

De algún modo, un acto de justicia distributiva conduce inexorablemente a categorizar la culpa abstracta o metafísica que no puede recaer en todo el pueblo alemán, por lo cual debe acontecer un proceso de diferenciación atributiva según el grado de implicación en el régimen nazi, y que admita la posibilidad de la exculpación cuando la atribución de culpa no sea posible. La visión occidental tradicional sobre la justicia reduce la atribución de la culpa a la condena y la ejecución de la pena para retribuir el daño causado y prevenir daños futuros de un modo general y especial (educando al autor). Pero como se ha visto, cuando se trata de los crímenes más graves contra los derechos humanos, por ejemplo, durante una guerra, los parámetros de justicia

se confunden con las vicisitudes políticas. Si esto fuera así, las preguntas de Todorov son pertinentes: ¿puede un juicio penal (internacional) reconocido como “justicia de los vencedores para los vencidos” educar y prevenir a las generaciones actuales y futuras? ¿Es esta justicia capaz de un juicio moral que permita poner el “san benito” en las personas correctas o es una forma de calmar los deseos políticos de venganza?

Por otra parte, el “radicalismo sin espíritu” que Arendt identifica con la hegeliana “mesa de sacrificios” del siglo XX, que condujo al totalitarismo y al genocidio, no impidió que como contrapartida el “progreso” o “desarrollo de la historia” construyera un concepto o nueva categoría: el crimen de *lesa humanidad*, para el rescate ético del hombre moderno. Este artículo de Norrie deja abierta la discusión para con las formas actuales de totalitarismo, guerra preventiva y lucha contra determinados fenómenos (terrorismo, drogas) que exigen una toma urgente de postura en defensa no solo de los derechos humanos más importantes sino también de aquellos otros que nos permiten un mejor desarrollo social y espiritual en el mundo que hoy nos toca vivir.

En casos de graves violaciones de los derechos humanos cometidas mediante el uso de aparatos organizados de poder que actúan fuera de la legalidad se torna necesaria la búsqueda de nuevos mecanismos (políticos y jurídicos) para imputar responsabilidades. La atribución de culpa no se agota en la condena penal. En mi opinión, no hay que tener miedo a la tribunalización de los debates sobre el pasado, hay que ampliar la lógica de la “personalización” de la culpa, para adoptar mecanismos participativos y democráticos de discusión pública en los que todas las voces (indispensablemente las víctimas) estén representadas. Las Comisiones de la Verdad, que permitan cambiar verdad y asunción de responsabilidad en aquellos casos en que el castigo penal no se necesite por razones preventivas (o todavía no sea posible por razones fácticas o políticas), pueden ser de gran utilidad para la devolución del equilibrio entre autores y víctimas, para la reparación de las víctimas (acabando con la vergüenza y dándoles la razón) y para la atribución y expiación de la culpa de los autores. Y junto a este mecanismo de elaboración del pasado puede echarse mano a otras herramientas, como la purga de los cargos públicos para los excriminales de Estado (*lustration*), o las formas estatales de reconocimiento de culpa como los pedidos públicos y oficiales de perdón, las formas materiales y morales de reparación, los memoriales, etc. El problema de la culpa está indisolublemente unido al esclarecimiento del pasado y a la reparación de las víctimas (Galain Palermo y Garreaud, 2012).

Si asiste razón a quienes sostienen que a pesar de los juicios penales todavía no hemos dado una guerra contra el nazismo u otras formas totalitarias de terror, hay que buscar alternativas que complementen las formas de hacer las cuentas con el pasado mediante la atribución de culpas o fomentando el reconocimiento de la culpa, la reparación de las víctimas y el conocimiento de la verdad. Este reconocimiento de la necesidad de alternativas al momento de la “atribución de la culpa” abre la puerta a variadas técnicas de elaboración del conflicto que bien pueden cumplir con los objetivos de verdad, justicia y reparación sin renunciar a la responsabilidad colectiva, para que la resolución del conflicto mediante la atribución de culpa no se realice únicamente mediante el envío de chivos expiatorios a la mesa de sacrificios.

Referencias

- ABRÃO, P.; GENRO, T. 2012. *Os direitos da transição e a democracia no Brasil: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia*. Belo Horizonte, Fórum, 208 p.
- AMBOS, K.; PALMA, M.F.; SOUSA MENDES, P. de; PEREIRA COUTINHO, L. (eds.). 2012. *Eichmann in Jerusalem – 50 Years After: An Interdisciplinary Approach*. Berlin, Duncker&Humblot, 197 p. <http://dx.doi.org/10.3790/978-3-428-53893-5>
- AMBOS, K. 2014. *Internationales Strafrecht*. 4. Aufl. Beck, München, 697 p.
- AMBOS, K.; MALARINO, E.; STEINER, C. 2014. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga*. Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, 479 p.
- ARENDRT, H. 2004. *Eichmann em Jerusalém: Uma reportagem sobre a banalidade do mal*. Coimbra, Tenacitas, 383 p.
- BOVAN, J. 2004. *Terrorismo y tiranía*. Buenos Aires, El Ateneo, 519 p.
- BRUNETAU, B. 2004. *El siglo de los genocidios: Violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda*. Madrid, Alianza, 286 p.
- CHRISTIE, N. 2004. *Peace or Punishment? In: G. GILLIGAN; J. PRATT, Crime, Truth and Justice: Official Inquiry, Discourse, Knowledge*. Cullompton, Willan Publishing, p. 243-256
- FABRICIUS, D. 2015. *Uruguay just desert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido? In: P. GALAIN PALERMO (ed.), ¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. Valencia, Tirant lo Blanch [en prensa].
- FORNASARI, G. 2013. *Giustizia di transizione e diritto penale*. Torino, Giappichelli, 229 p.
- FORRESTER, V. 2008. *El crimen occidental*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 201 p.
- FOUCAULT, M. 1989. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. 17ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 314 p.
- GALAIN PALERMO, P. 2015. *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. Valencia, Tirant lo Blanch. [en prensa].
- GALAIN PALERMO, P. 2013a. *Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 125(2): 379-406 p.
- GALAIN PALERMO, P. 2013b. *Mecanismos políticos y jurídicos aplicados durante la transición uruguaya para la superación del pasado. In: A.L. SABADELL; J.M. SIMON; D. DIMOULIS (orgs.), Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 101-150.
- GALAIN PALERMO, P.; GARREAUD, A. 2012. *Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone*:

- Concerning the Limitations for Understanding Evil. In: K. AMBOS; M.F. PALMA; P. de SOUSA MENDES; L. PEREIRA COUTINHO (eds.), *Eichmann in Jerusalem – 50 Years After: An Interdisciplinary Approach*. Berlin, Duncker&Humblot, p. 181-197.
- HABERMAS, J. 2001. *Mas alla del estado nacional*. Madrid, Trotta, 185 p.
- JESCHECK, H.-H. 1952. *Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht: Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*. Köln, Ludwig Röhrscheid Verlag, 420 p.
- MALAMUD GOTI, J. 2008. *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 276 p.
- MUÑOZ CONDE, F. 2015. La atenuación de la pena del partcipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. In: *Libro Homenaje a Alfredo Etcheberry*, Santiago de Chile. [en prensa].
- ROXIN, C. 1963. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg, De Gruyter, 661 p. <http://dx.doi.org/10.1515/9783111594941>
- NORRIE, A. 2008. Justice on the Slaughter Bench: The Problem of War Guilt in Arendt and Jaspers. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 11(2):187-231. <http://dx.doi.org/10.1525/nclr.2008.11.2.187>
- TAYLOR, S.; BOGDAN, R. 2000. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación: La búsqueda de significados*. 2ª ed., Barcelona, Paidós, 301 p.
- TEITEL, R. 2003. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16(69): 69-94.
- TERESTCHENKO, M. 2011. *O bom uso da tortura: Ou como as democracias justificam o injustificável*. São Paulo, Loyola, 150 p.
- TODOROV, T. 2010. *La experiencia totalitaria*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 314 p.
- TORELLY, M. 2012. *Justiça de transição e estado constitucional de direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte, Fórum, 381 p.
- WEBER, M. 2001. *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires, Amorrurto, 268 p.
- WEBER, M. 1967. *El político y el científico*. Alianza, Madrid, 233 p.
- WERLE, G. 2003. *Völkerstrafrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck, 553 p.

Submetido: 15/04/2015
Aceito: 27/05/2015