

# Doctrina



Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro. Un relato a partir de una polémica del presente

Gabriel I. Anitua y Roberto Bergalli

Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** I. La polémica desatada tras las investigaciones de Francisco MUÑOZ CONDE sobre Edmund MEZGER. II. Las difíciles circunstancias para realizar el repaso de saberes y sabios comprometidos con los totalitarismos en España y en Argentina. III. Holocausto, memoria y verdad. IV. Bibliografía.

*“Recordar el pasado para liberarnos de sus maldiciones: no para atar los pies del tiempo presente, sino para que el presente camine libre de trampas.”*  
Eduardo Galeano, *Patas arriba*, México, 1999.

El presente trabajo tiene su origen en una conversación informal entre los autores. El motivo desencadenante fue la aparición de la primera edición de un ensayo de Francisco MUÑOZ CONDE, considerado por ellos muy importante y por ello motivo de una reseña en esta revista. Dicha conversación se mantuvo en el tiempo, y fue ampliando sus contenidos, cuando ese ensayo desencadenó una serie de reacciones polémicas. Estimamos, finalmente, que era útil dar a conocer ese debate en el ámbito argentino. Y asimismo necesario realizar unas breves reflexiones, producto en gran medida de la mencionada conversación. A la hora de escribir este relato se decidió de común acuerdo que fuese ANITUA quien se encargase de reseñar críticamente el debate, que es lo que se hace en la primer parte del trabajo. Asimismo es autoría de ANITUA el segundo capítulo. El tercer y último capítulo fue escrito por BERGALLI. Con esta introducción quedan aclaradas las inflexiones de tiempo y persona, y junto a ello se eliminan posibles confusiones u ocultamientos de ideas bajo el amparo del otro. No ha habido, así, necesidad de acordar en un todo el contenido. No obstante, ambos somos responsables de la conversación, y por ello del resultado final escrito.

## **I. La polémica desatada tras las investigaciones de Francisco MUÑOZ CONDE sobre Edmund MEZGER**

A diferencia de muchas aproximaciones a una especialidad jurídica alejada de lo real, los textos elaborados sobre biografías suelen captar al más desinteresado lector. Siempre, y para todos, es interesante conocer a la vez las ideas de un autor y los pormenores relevantes de su vida. En algunas oportunidades ello no sale del mero chisme recubierto de intelectualidad vana, o constituye en el mejor de los casos un valioso recurso literario (en el que, como hacía BORGES, es válido inventar aquellos pormenores).

Todo lo contrario a ello, y a la “moda” actual en uno y otro sentido igualmente desmovilizadores, es lo que ha hecho últimamente con valentía MUÑOZ CONDE en esta prolífica etapa de su ya prestigiosa carrera académica. En efecto, el profesor de Sevilla ha centrado sus estudios en la figura de Edmund MEZGER, pero a partir de esa aproximación realiza una disección del Derecho penal autoritario que constituye el aporte más importante hecho en España en los últimos años, y desde las ciencias penales, para construir un derecho democrático y limitador de la violencia punitiva.

El interés de MUÑOZ CONDE en reconstruir el pasado nazi del Derecho penal se demuestra ya en las traducciones de sendos artículos de Monika FROMMEL, publicados en castellano hace ya diez años. El primero de esos trabajos, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel" (1989), se centra en la teoría elaborada hacia fines de los años treinta por aquel autor alemán haciendo hincapié en la insistencia de la doctrina dominante acerca del carácter "apolítico" de la teoría del delito desarrollada a partir de entonces. FROMMEL no sólo señala aquí el origen legitimador del sistema de la construcción dogmática (en el mismo sentido HASSEMER, 1993:44), sino que también demuestra el respeto que mantenían los juristas alemanes de las décadas de 1950 y de 1960 hacia el Derecho penal más autoritario, en tanto se lo reputaba, junto a una administración de justicia conservadora y reaccionaria, uno de los únicos remedios capaces de guardar el orden y reprimir eficazmente el delito. Por su parte, en el segundo de esos trabajos ("La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo", 1993) la autora alemana denuncia la "mala memoria" de los juristas de la posguerra que ocultaron interesadamente las crueldades cometidas por el sistema jurídico penal nazi en el largo período 1933-1945. Al final de este trabajo (que forma parte de una mayor tarea desarrollada por la autora) se introduce ya la figura de MEZGER, cabal sostenedor de las políticas de exterminio que estaba llevando a cabo el Estado alemán nacionalsocialista. Al referir las respuestas negatorias de aquella verdad, iluminada en las investigaciones históricas de REHBEIN, nos remite esta autora a la polémica que se habría generado en Alemania tras los primeros desvelamientos del pasado nazi de Edmund MEZGER. Culmina la autora preguntándose cómo es todavía posible que en 1988 los tratados académicos puedan manipular la historia, básicamente negando o minimizando el pasado criminal de sus maestros.

Cuando en el mismo año 1993 el traductor de FROMMEL comienza a estudiar el pasado de las verdades de la dogmática jurídico-penal (MUÑOZ CONDE, 1994), todavía esa idéntica reacción no se produciría en España. No quiere decir esto que la dogmática jurídica española, fiel seguidora de las construcciones germanas, no realizara idéntica negación y ocultación, tanto del pasado ideológico de los profesores alemanes, cuanto del compromiso de los mismos maestros españoles con la dictadura autoritaria local. Lo cierto es que no levantaron ampollas entonces (al menos no se hicieron públicas) las afirmaciones de MUÑOZ CONDE sobre el "caso" de MEZGER, quien "en la época nazi no tuvo empacho, no sólo en colaborar

con la reforma puesta en marcha por el régimen nacionalsocialista, sino en dar cobertura pretendidamente científica a leyes represivas de carácter racista y a todo un sistema basado en la superioridad de la raza aria y la pureza de sangre" (1994:1027). Probablemente esta falta de reacción se debiera a que en aquella oportunidad, y en otras en las que denunciara la participación de las ciencias penales en las técnicas de genocidio (MUÑOZ CONDE, 1995), el autor acusaba a todos estos juristas de haber descuidado, al cultivar la dogmática como "arte por el arte", la realidad que los rodeaba y no haber percibido los peligros del nazi-fascismo. Esta explicación, junto con aquella otra según la cual las construcciones jurídicas así elaboradas para hacer un derecho autoritario impidieron el directo arbitrio del no-derecho autoritario (como si algo podría haber sido peor a la represión nazi), no resultaba suficientemente provocadora, y capaz de mover a alguna reflexión, para quienes siguen sosteniendo orgullosamente la herencia intelectual de aquellos dogmáticos alemanes.

Con todo, no se alejaba mucho de aquella pretensión desmitificadora pero no "policíaca" (como la descalificarían burlonamente con posterioridad) la que guiaba el libro de MUÑOZ CONDE que, sin embargo, inició una polémica importante para las ciencias penales en España. El estudio "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo" (que se comentó en *Nueva Doctrina Penal de Argentina* apenas fuera publicado: ANITUA, 2001) pretendía ser sólo una introducción para entender las razones históricas y políticas justificantes de la redacción, por parte de MEZGER en 1950, de una monografía que iniciaría una hoy en día incomprensible disputa entre "causalistas y finalistas" (el propio MUÑOZ CONDE es el traductor de la mencionada monografía: MEZGER, 2000). Sin embargo, al hacerlo ocupándose de MEZGER, MUÑOZ CONDE actualizó para España el reciente debate alemán sobre la complicidad de los juristas y la ciencia penal con el régimen autoritario del nazismo (y veremos más adelante que no sólo hizo esto sino que se introdujo con nuevos descubrimientos a ese debate). El autor cita tanto los trabajos de FROMMEL, como los de TELP (1999) y THULFAUT (2000), pero su objetivo, como lo señala el subtítulo que tendría esta obra en sus dos primeras ediciones, se centraba en "Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo". Trascendente era para MUÑOZ CONDE en esa introducción, insistir en la necesaria sumisión del Derecho penal a los valores democráticos, y en concreto a los derechos humanos. Por ello indicaba los peligros de realizar una ciencia

aséptica o “apolítica” (y utilizable por tanto por las políticas autoritarias) como la que pretendió ser la dogmática penal alemana de la última posguerra. También señalaba que esa pretendida apoliticidad de una discusión como la representada entre finalismo y causalismo, ocultaba tanto la pervivencia de los valores conservadores, cuanto el propio pasado comprometido con el nazismo de algunos de sus más ilustres sostenedores.

Quizás ese desvelamiento de la tarea de ocultar un pasado dictatorial fue la mecha que provocó la reacción de diversos juristas españoles. Como ejemplo de ellos se debe citar a quienes suscitaron una contrarréplica posterior de Muñoz Conde en la segunda edición de esta monografía. Dos profesores españoles de Derecho penal señalaron, en la introducción a un libro sobre casos prácticos que reivindica las enseñanzas para esa tarea de MEZGER —a quien tributan la obra—, que el penalista alemán estaría siendo cuestionado, en su vida y en su obra “no siempre con acierto, en la actualidad, y no sin cierta frivolidad” (COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, 2000: 19). Antes de señalar ello, incurrían en acusaciones harto más duras y provocadoras, aun cuando simplemente pretenden referirse a un acierto del método dogmático del alemán. COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ afirman seguir tal método “como aconsejara el profesor MEZGER tan incomprendido como osado y superficialmente denostado recientemente (2000), por quien nunca, ni antes ni ahora, sabe lo que es la democracia”.

Con justos motivos MUÑOZ CONDE se dio por aludido por tal descalificación. Más allá de omitir el nombre del autor a quien se refieren los profesores mencionados, la indicación del año de edición y la referencia a la discusión sobre MEZGER hacía evidente lo que (o a quien) buscaban. Más grave que las acusaciones de “desacierto”, “frivolidad”, “incomprensión”, “osadía” o “superficialidad” (tan graves, sin embargo, para uno de estos profesores, como ahora se explicará), es aquella que hace referencia a los valores democráticos. Sabido es el compromiso del profesor MUÑOZ CONDE con los derechos humanos, que incluyen el acceso de todos los humanos a aquellos derechos políticos, pero también culturales, económicos y sociales, que les permitan realizar su vida con dignidad. También es sabido que MUÑOZ CONDE tiene, o tuvo, simpatías con una ideología que, con más motivos que en otros sitios en España, realizó denodados esfuerzos por la igualdad de los seres humanos.

Se hace esta aclaración puesto que es muy probable que COBO y QUINTANAR pretendieran descalificar a MUÑOZ CONDE achacándole su antigua simpatía por el Partido Comunista de Es-

paña. Y es muy probable puesto que en la España actual parece producirse una perversión del significado “democracia” que se tenía por quienes hicieron algo para acabar con la dictadura franquista. Por cierto no es solamente una provocación y un insulto acalorado el que realizan estos profesores, sino que constituye una amenaza. La utilización maniquea de la identificación como demócrata hace que se tilde de lo contrario a aquellos quienes disienten con las ideas políticas (de derecha tradicionalista) de los políticos que hoy tienen una provisional mayoría absoluta en España. Izquierdistas, nacionalistas de las naciones periféricas, movimientos sociales y otros individuos que lucharon efectivamente contra el franquismo se encuentran hoy acusados de antidemócratas por quienes sostuvieron sociológicamente a la dictadura, incluso con posterioridad a los estertores del generalísimo Franco en su cama de Jefe del Estado. La utilización del poder para señalar “enemigos” no trepida en utilizar la “etiqueta” más conveniente, aun cuando coincida en poco con “chaquetas” que se utilizaron hasta hace cuatro días.

Más adelante volveré sobre este punto, al cual considero crucial y que, sin embargo, no es tenido en cuenta por MUÑOZ CONDE al responder a tal invectiva en la segunda edición de “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo” (2001). En el apéndice final de esa edición, titulado “La otra cara de Edmund Mezger”, MUÑOZ CONDE sólo indica (probablemente con razón) que el concepto de democracia que tienen esos autores es diferente del suyo. Con posterioridad refutará las otras acusaciones, lo que dará origen (ahora sí) a la profundización del estudio sobre la participación de MEZGER en el régimen del terror nazi. Si en la primera edición, y aún sin ser ése el objeto del estudio, había quedado clarificada la colaboración y asesoramiento de MEZGER a las reformas penales nacionalsocialistas (a la par de la importancia de otros textos del alemán para el desarrollo de la dogmática penal, que también puede —y debe— ser democrática), en este apéndice se demuestra la participación directa de MEZGER (y otros acólitos, como EXNER) en las atrocidades que sufrieron millones de personas. El programa de “limpieza étnica” surge con claridad de algunos textos de MEZGER (que calificaba de crimen odioso el de “ultraje a la raza”, motivo de la muerte a los acusados de mantener relaciones con personas de “raza superior”). Asimismo queda demostrada su participación, como autor principal, en el proyecto de Ley sobre “extraños a la comunidad” bajo las órdenes de las SS (algo que haría MUÑOZ CONDE en castellano y alemán en forma independien-

te a esta publicación: 2001a y 2001b). Los documentos descubiertos por MUÑOZ CONDE y revelados generosamente sin ocultar nada dentro de la manga, son espeluznantes y reveladores (baste pensar cuántos seres humanos perecieron por culpa de aquellas clasificaciones de delincuentes firmadas bajo el preceptivo “Heil Hitler” por MEZGER en 1944 —cuando otros alemanes sometidos a idéntica presión intentaban derrocar ese régimen ya abocado a la derrota militar—). Finaliza el apéndice con un capítulo que hace referencia a “la ocultación del pasado”. Allí, otra vez, se refiere qué es lo que quiso indicar MUÑOZ CONDE con el subtítulo “Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo”. Esa ideología del olvido, para muchos —de los que fueron verdugos— una “superación del pasado”, fue la que inspiró los acalorados debates que tanto han hecho por el desarrollo de una dogmática penal brillante pero lamentablemente olvidadiza.

La respuesta a esta contrarréplica no se hizo esperar. Tampoco se demoró la contra-respuesta a la contrarréplica en la que el editor de MUÑOZ CONDE (2002) decidiera cambiar de colección dentro de la casa Tirant lo Blanch (por la extensión ya asumida por la investigación) y, lo que es más importante, el propio autor cambiaría también el subtítulo del trabajo. El subtítulo de la tercera edición, “Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo”, refleja los cambios de objeto del libro, cambios provocados, según parece (y eso es de celebrar) por la reacción del profesor y abogado COBO DEL ROSAL.

En una extensa nota bibliográfica sobre la segunda edición de “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo” publicada en una revista madrileña (COBO DEL ROSAL, 2001) y también difundida con posterioridad en otros ámbitos, comienza una nueva tarea de ocultación al negarse, en primer lugar, el interés para las disciplinas jurídicas alemanas de los análisis históricos sobre el nazismo (un interés que sería “escaso” o “marginal” para el Derecho alemán, según COBO DEL ROSAL, incluso por cuestiones “generacionales” —las mismas cuestiones que aducirá al final de esta reseña para demostrar la “democraticidad” de QUINTANAR, según COBO muy joven como para haber tenido tiempo de optar por unos valores u otros, o para recordar lo hecho por sus maestros—). Acto seguido, se niega novedad, originalidad y relevancia a la investigación de MUÑOZ CONDE, a la par que se esboza la acusación que se sostendrá directamente y con menos sutileza después por COBO DEL ROSAL: la del plagio. Dice este autor que “apenas algún dato que otro se puede encontrar en él, que no se haya relatado ya en la recien-

te monografía de THULFAUT sobre MEZGER” (COBO DEL ROSAL, 2001:452).

Lo que más incomoda a COBO es, no obstante, la tesis que, según él, sostiene MUÑOZ CONDE: la de que el debate entre causalistas y finalistas fue una trampa urdida por MEZGER para ocultar su pasado nazi. Ello, “no convence, ni tampoco puede convencer, porque no resulta, ni mucho menos, probada, ni razonada, ni menos aún, justificada” (COBO DEL ROSAL, 2001:452). No convence a este autor, naturalmente, y señala que no lo hace puesto que de ser así se sostendría que todos los otros penalistas alemanes, italianos, españoles y latinoamericanos que se involucraron en tal disputa, eran tontos o, aunque no se atreva COBO a afirmarlo, cómplices. Obviamente enseguida critica al autor del libro por pretenderse más inteligente que los otros dogmáticos. Por lo tanto, el peor pecado de MUÑOZ CONDE sería el de desautorizar a la autoridad de la dogmática penal, y es eso lo que hace erigir a COBO DEL ROSAL en paladín, vigía, o máximo defensor de esa tradición supuestamente agredida. Para demostrar esas creenciales, se exhibe el contacto personal con el denostado MEZGER, así como la enumeración de los seguidores españoles del mismo, autores de las traducciones cuanto de la formación de todos los penalistas hoy en activo en España. Todos aquellos catedráticos de Derecho penal en España (durante la época en que América Latina contaba con las enseñanzas de los exiliados republicanos) tenían, efectivamente, predilección por la política criminal —primero— y la dogmática penal —después— provenientes de Alemania. En esa época, también, existieron en España campos de concentración, tumbas sin nombre, apropiación de niños y cambio de identidad de los mismos, en cantidades alarmantes y difícilmente mensurables por culpa de la prolongación del nazi-fascismo totalitario en España (hasta 1978), así como de las políticas de no-revisión del pasado llevadas adelante con posterioridad.

Poco más dirá COBO sobre el fondo del libro en comentario, aunque abundaran los insultos (“presunto libro”, “vana terquedad”, “fácil y alicorto” y, otra vez, el plagio o incluso la “explotación” o “depredación”; en este caso la depredación se habría realizado a THULFAUT, y “agravada” por afirmar lo que el alemán sólo deja como un interrogante de ninguna forma confirmado, según COBO). Entre tales “insultos” deben agregarse, también, las seis páginas que COBO DEL ROSAL dedica a señalar presuntos “robos” o “saqueos” de citas (supuestamente, pues no lo dice expresamente, de THULFAUT) o a señalar aquellos “graves” errores de tipografía o la falta de información de página u otro detalle del

mismo tipo. La capacidad para realizar acusaciones no directas (lo más directo que dice con respecto a la supuesta utilización del libro de THULFAUT: “¿No habría sido quizás más conveniente y más honesto una simple traducción al español...?”, COBO DEL ROSAL, 2001:463) junto con improprios “barriobajeros” (“su falta de rigor lo hace desmerecer totalmente de dicha consideración —libro científico— pues queda convertido en un simple folleto o libelo insignificante que, únicamente, si puede beneficiar en algo a su autor sería en el aspecto económico y hacerle desmerecer a cambio como especialista del Derecho penal”, COBO DEL ROSAL, 2001:464) demuestran lo mucho que aprendió de la práctica profesional de la abogacía este profesor formado con su tío Juan del Rosal en las exquisiteces de la dogmática (cuando este último era el más relumbrante penalista del régimen franquista, tras ocupar la cátedra “vacante” por el forzado exilio de don Luis Jiménez de Asúa). Finalmente, entre estos supuestos insultos se agrega el de hacer “insinuaciones policíacas”, como si pretender averiguar la verdad desmerezca la tarea del científico. Esto último ya dice casi todo sobre la crítica de COBO DEL ROSAL.

No contento con todo esto, finaliza la nota con una referencia a la respuesta de MUÑOZ CONDE. Según COBO DEL ROSAL no se referían al profesor sevillano cuando, junto a QUINTANAR, señalaban una publicación del 2000 que habría denostado a MEZGER. En tono burlón, señala COBO DEL ROSAL que MUÑOZ CONDE no debería darse, necesariamente, por aludido. “No le voy a dar ninguna pista al suspicaz autor sobre si nos referíamos a él o a otro autor que no tiene por qué ser, necesariamente, de habla española, extremo éste que no concretamos en nuestra breve obra” (2001:464). En efecto, no lo concretan. Como no concretan nada de esa referencia en el libro escrito conjuntamente en el año 2000, algo que es mucho más grave en alguien que defiende con tanto ahínco la corrección en las citas en lo que hace a dar todas las referencias de las obras que se aluden. Esas remisiones, por lo general, son un acto de honestidad, en especial hacia el lector interesado en saber lo mismo y en lo posible más que el autor. Algo que está evidentemente muy alejado de la tradición académica de la que se enorgullece COBO DEL ROSAL y en la cual, aparentemente, lo principal es, más allá de demostrar suficiencia, parecer muy listo y guardarse cartas dentro de la manga. Tampoco concreta ahora esa referencia, en realidad, aunque vuelve a acusar a MUÑOZ CONDE de “recostarse” —la cita en este caso es al también catedrático franquista RODRÍGUEZ DEVESA— en el libro de THULFAUT (que es del año

2000, para aquellos lectores avispados que aún no lo “adivinaron” —yo creo que son inteligentes los lectores, a contrario de lo que sostiene COBO con su constante latiguello al “ingenuo” o “cándido” lector español—).

Este juego de decir y no decir es otra “pirueta” más de quien escribe con ese “gracejo” hispánico tan provocador, y culmina por pedir una “revisión” a la Fundación Alexander von Humboldt por conceder el Premio de Investigación 1999 al autor del libro que tanto le molesta. Vuelve a insistir entonces COBO DEL ROSAL en los “principios democráticos básicos”, que practicaría él mismo citando al autor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española del año 1882, vigente durante la dictadura franquista y también ahora, en lo que no fue retocado por el Tribunal Constitucional (COBO DEL ROSAL 2001:465). Ninguna alusión hace a las declaraciones universales sobre derechos humanos escritas tras la derrota militar del nazi-fascismo, y ni siquiera a la Constitución española fruto de un acuerdo sin “vencedores ni vencidos”.

He abusado en la descripción, ya que creo que la “recensión” de COBO DEL ROSAL se desmerece y descalifica por sí misma. Con probabilidad es por ello que MUÑOZ CONDE, al editar por tercera vez esta monografía (ya tan ampliada por las investigaciones propias sobre el período nazi de MEZGER) ni siquiera mencione a COBO DEL ROSAL. Sin embargo, sí que amplía las investigaciones sobre el período que no era su primer objeto de estudio pero que, merced a las nuevas y originales técnicas de ocultamiento y negación del pasado de algunos penalistas españoles, devino un reto investigar. Buceando en bibliotecas y archivos oficiales de Alemania MUÑOZ CONDE (2002), con la ayuda económica que le significó el premio alemán arriba aludido, descubre nuevas pruebas que, con honestidad, transcribe para todos los lectores como hace también con las Actas del proceso de desnazificación que se le siguió a MEZGER y terminó, como la gran mayoría, cuando la “guerra fría” hizo que de este lado del muro no se hablara más del pasado reciente.

Pero ahora se vuelve a hablar. Y en uno de los primeros sitios en los que se hace es en Alemania. Contrariamente a lo que señala COBO DEL ROSAL, ese interés está muy vivo. Y las investigaciones de MUÑOZ CONDE contenidas en el libro y en otros aportes también publicados en América Latina constituyen parte importante del debate sobre el pasado alemán. Algunos artículos han sido preparados en alemán por el propio MUÑOZ CONDE y, a despecho de los críticos españoles, existe una traducción completa de la segunda edi-

ción de su libro publicada en 2002. Esa traducción, el dato no es menor, fue realizada por THULFAUT.

Siguiendo la senda inaugurada por su maestro, el joven profesor QUINTANAR DÍEZ (2002) realizará con posterioridad y en la misma revista que dirige COBO, un repaso al libro de THULFAUT. Además de dar cuenta del libro con interpretaciones algo sesgadas, incurre QUINTANAR en una serie de contradicciones de las que no es la menor la referencia a lo escrito en el libro de casos prácticos que desatara la polémica. La confusión general del texto no debería eximirlo de señalar a quién se referían entonces junto a COBO —se ha de recordar que decían que MEZGER había sido “tan incomprendido como osado y superficialmente denostado recientemente (2000), por quien nunca, ni antes ni ahora, sabe lo que es la democracia”—. Vuelve sobre esos dichos QUINTANAR, indicando que MUÑOZ CONDE se habría dado por aludido egocéntricamente (2002:227, nota 1), por lo que parecería decir que se referían antes a THULFAUT. Sin embargo, luego ello no queda tan claro. En primer lugar, señala que la obra de THULFAUT no cae en la grave equivocación de juzgar la historia sin tener en cuenta los factores ambientales de cada época. En segundo, dice QUINTANAR que THULFAUT realiza reproches “con exquisita prudencia” y, agrega, “con extrema cautela y prudencia y, sin ninguna duda, exhaustividad, como debe ser” (2002:232). Para afirmar enseguida que THULFAUT evita descalificar a MEZGER como nazi, lo que sumado finalmente a que nada dice sobre la concepción “thulfautiana” de la democracia (salvo que la objetividad y honestidad de THULFAUT están “ajenas a todo sectarismo y también muy lejanas de cualquier dislocada y baja pasión irracionalista”, QUINTANAR, 2002:250), parece excluirlo del alcance de la referencia vaga y ambigua del librito de casos (pues no sería THULFAUT el “denostador” de MEZGER, a quien trata “con toda consideración y respeto”, QUINTANAR, 2002:250).

Aun cuando la reseña de QUINTANAR es generosa en la reproducción de párrafos enteros del libro de THULFAUT (en concreto del capítulo VIII), parece estar toda ella encaminada a demostrar que el debate finalismo-causalismo no fue vano ni inútil, y mucho menos encubridor del pasado nazi de MEZGER. Incluso se esfuerza por ver QUINTANAR junto a THULFAUT, los supuestos cambios de tipo ideológico y contrarios a la barbarie genocida nazi en MEZGER, al advertir sobre los peligros de la teoría finalista del error de prohibición vencible (2002:248) aun cuando continuara utilizando la terminología de “culpabilidad por la conducción en la vida”.

Conocida es la diferencia que al respecto se obtiene de la aplicación de la estructura finalista o la causalista —o la “teoría de la culpabilidad” frente a la “teoría del dolo”— (por todos: BACIGALUPO, 1973; BUSTOS RAMÍREZ, 1985; MUÑOZ CONDE, 1989; MIR PUIG, 1995). La teoría que coloca la conciencia del injusto en el dolo (la que sostenía MEZGER) parece efectivamente más garantizadora y liberal ya que exige para una condena el conocimiento real de lo ilícito (aun cuando los causalistas recurren luego a sustitutos y presunciones para evitar considerar ausencia de dolo ante la falta de conocimiento de la ilicitud en el agente). Pareciera que en 1950, a diferencia de sus orientaciones del período 1933-1945, MEZGER no aceptaba que los límites formales de la dogmática cedieran ante consideraciones político-criminales. Ello para QUINTANAR parece ser una demostración de los valores democrático-liberales en MEZGER, algo que está lejos de suscribir THULFAUT quien lo acusa de todo lo contrario (2000:289).

Si se siguen las indicaciones de QUINTANAR de poner en su debido contexto histórico ya no tan solo las circunstancias biográficas sino también las teorías penales se podría llegar a conclusiones asombrosas. Se debería realizar un análisis de aquellas conductas que juzgaban los tribunales alemanes de la posguerra y de las consecuencias sobre esas conductas de las teorías de MEZGER y de WELZEL. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR dejan entrever algo que realmente podría dar luz sobre esta polémica. Dicen estos autores, hablando de la teoría limitada de la culpabilidad, que “El esfuerzo por quitar el error vencible que radica en la falsa suposición de una situación objetiva de justificación del ámbito del error de prohibición, para resolverlo conforme a las reglas del error vencible de tipo, al igual que la teoría unitaria del error, choca con el inconveniente de que no puede negar la voluntad dirigida a la producción del resultado. Esto es admitido incluso por quienes se limitan a imponer la pena del delito culposo, pero sin por ello aceptar que se trata de tipicidad culposa, sino dolosa, sólo que con una disminución de la culpabilidad que autoriza la aplicación de esa escala reducida, en función de razones político-criminales o por vía de analogía *in bonam partem*. Estas razones político-criminales no son claras, especialmente porque quienes pueden beneficiarse con esas penas del delito culposo son, por regla general, los agentes del propio estado” (2000:700). La concepción unitaria del error es la que propugna MEZGER, y con ella podría arribarse a absoluciones o a condenas más leves. Se podría pensar, pero para ello habría que estudiar

los casos de la época, que así se buscaba el beneficio de acusados durante la época nazi. Otros investigadores podrán demostrar la validez de esta sospecha.

De cualquier forma, y sea como fuera, sus elucubraciones posteriores no pueden disculpar el pasado accionar de MEZGER en el régimen nazi. Y aquí radica lo más grave del artículo de QUINTANAR, grave siendo como es un hombre joven. La disculpa que se esboza para el comportamiento de MEZGER se encuentra en pintarlo como un “ciudadano medio” alemán durante la época del nazismo. Que en esas circunstancias hizo lo que debía para conservar su vida y la de su familia. Y que por otro lado, eso es lo que hicieron también los “demócratas” alemanes de 1946, y luego convirtieron a Alemania en la potencia que hoy es. La frase siguiente de QUINTANAR es lapidaria, ese crecimiento fue posible, para él, porque entonces “se castigó sólo a quien debía castigarse; se premió a quien debía castigarse; y se olvidó, para bien de todos, lo que debía olvidarse. Como debe ser. Tampoco en España se ha perseguido a quienes, de algún modo, colaboraron con el franquismo, a pesar de que era una dictadura, mucho menos feroz que la nacionalsocialista alemana, pero dictadura” (2002:251). Se volverá sobre esta frase, sobre el olvido de los valores justicia y verdad (algo aberrante en un jurista) y sobre la valoración del régimen franquista, al que luego compara con la actual democracia española y, en un lapsus, señala: “pues todo sigue igual” (QUINTANAR, 2002:252).

Con posterioridad, y mientras MUÑOZ CONDE publicaba más pruebas de la intervención de MEZGER en el holocausto (2003), COBO DEL ROSAL continuaba insultándolo. Con la excusa de comentar la tesis doctoral de Jan TELP, COBO señala como “mediocre resentido”, “vocinglero”, “profanador de cadáveres”, “psicótico”, “pendejo que carece de seriedad y honradez”, “rata”, “cobarde y perifrástico injuriador”, y de actuar “*demens*, torpe y babosamente”, al referirse aparentemente a MUÑOZ CONDE (y todo eso en una sola página!, COBO DEL ROSAL 2002:698). Las referencias al libro de 1999 de TELP son más bien objetivas, salvo cuando aparece en escena MEZGER, y entonces COBO destaca la posible influencia de este libro en el de MUÑOZ CONDE, así como minimiza la importancia de la participación de MEZGER en el régimen nazi. Donde TELP encuentra motivos de reproche a MEZGER, COBO señala un comprensible, para él, acomodamiento y concordancia con el régimen político vigente, sea cual fuese. Concuera COBO con su discípulo QUINTANAR en comprender a un hombre que “no adoptó ninguna posición

‘heroica’, cuando realmente había que ser héroes para chocar frontalmente contra un régimen inhumano y tiránico como fue el nazismo, sino que se ‘amoldó’ a las diferentes formas de Estado que se fueron sucediendo en Alemania” (COBO DEL ROSAL, 2002:703).

La misma explicación de los ya indubitables compromisos de MEZGER con el nazismo, realiza en un *excursus*, dentro de un trabajo que no juzgaremos aquí, el seguidor mexicano de COBO DEL ROSAL, OCHOA ROMERO (2002:561), para quien también debe ser descalificado MUÑOZ CONDE por sacar luz sobre un pasado oprobioso en el que deben disculparse las acciones de aquellos que para no “autoinmolarse” decidieron inmolar a otros a los que despreciaban.

## II. Las difíciles circunstancias para realizar el repaso de saberes y sabios comprometidos con los totalitarismos en España y en Argentina

Deben celebrarse los intentos de los autores señalados arriba por desvelar el pasado en Alemania. Ello, como se ha visto, no es fácil ni probablemente gratuito para los que lo intenten asimismo en España o en Argentina. No obstante, debemos señalar que algo está cambiando, tras más de 50 años de cultura del olvido en Alemania, más de 25 años de los pactos de impunidad en España y ya 15 años desde que se sancionaron las leyes que impidieron la sanción de los culpables de los crímenes de Estado en Argentina (entre las múltiples oportunidades en que se señaló la ilegitimidad de esas leyes: BERGALLI, 1990).

En efecto, el intenso debate intelectual reseñado más arriba no hace sino sumarse a la fatigosa y ya larga lucha de quienes han insistido en denunciar aquellos regímenes: las propias víctimas y los grupos solidarios con ellas. No tan sólo ellos, sino muchos otros seres humanos consideran que la única forma de asentar regímenes democráticos perdurables, pasa por denunciar las gravísimas violaciones de derechos humanos cometidos desde la implantación de esos diferentes terrorismos de Estado. Y por alcanzar la verdad. En ese sentido, hay numerosos grupos que trabajan por la recuperación de la memoria hace años, pero es en los últimos años cuando ello se tradujo en importantes investigaciones históricas, en ensayos, en obras de ficción de la literatura y el cine. Estas tendencias estuvieron especialmente encabezadas por los movimientos sociales, y nunca por los Estados y los partidos políticos, que se inclinaron por otro tipo de respuesta.

Los crímenes, los vilipendios y humillaciones habían sido causados por la sistemática violación de los derechos humanos más fundamentales, orquestada y ejecutada por una forma de dominación política que en los tres casos es posible denominar, *mutatis mutandi* (para que no se me acuse de “confundir” fascismo y nazismo, como hace QUINTANAR —2002— contra MUÑOZ CONDE), totalitarismo. Como tal se remite no sólo a la clásica definición de Hannah ARENDT (1981) sino a la más reciente de Slavoj ZIZEK (2002). Para este autor esloveno una de las claves para desentrañar a ese tipo de regímenes es la imposibilidad de hablar de política, y ello es casi una moneda corriente en muchos de los regímenes actuales (sobre todo cuando se escudan en el discurso anti-político del “antiterrorismo”) que al desterrar la política también destierran la averiguación fiel del pasado.

No se debe olvidar que fue el totalitarismo nazi en Alemania, así como el franquista en España y los de las dictaduras militares en Argentina, los autores materiales de las humillaciones más terribles a quienes, siendo señalados como enemigos, resultaron ser sus víctimas. Pero esas humillaciones continuaron en el tiempo, y tras su cese, por la falta de respuesta social y jurídica en el sentido de censurar dichas violaciones. Ello en todos los casos pero especialmente en España, donde no hubo ningún tipo de sanción hacia los victimarios ni solidaridad con las víctimas. No la hubo de tipo institucional, y fue censurada la que se ha estado intentando desde el campo social.

Contribuyen a aumentar esas sensaciones de humillación aquellos que no se solidarizan con las víctimas. Estos pueden dividirse dentro de dos posiciones, que aunque filosófica y políticamente pueden diferenciarse, llegan a idéntica política favorecedora del olvido. La primera de ellas, aun cuando compadece a las víctimas, apuesta por un “pragmatismo” mal entendido, y sostiene que el olvido es la mejor herramienta para construir el futuro. La otra, también orientada y alentada por una manifiesta propensión a mantener la impunidad de los genocidas y terroristas de Estado, es la sostenida por los sectores que habían sido complacientes o cómplices de aquellas dictaduras. Estos últimos, evidentemente, reaccionarán —y reaccionan— duramente contra cualquiera que ose utilizar la herramienta de la memoria, aun sin fines vindicativos ni de justicia (un comentarista de cine del diario monárquico *ABC* calificó a la película de Montxo Armendáriz “Silencio roto” de apología de terrorismo, que como se indicó es la principal arma para estigmatizar al otro y a la vez eludir la discusión política). Es quizás el recurso a la memoria lo que

explique la virulencia con que fue recibida la aportación teórica del Profesor MUÑOZ CONDE. Es posible que ella sea mayor, por provenir de un jurista y ya no de un historiador.

No hace falta recordar aquí otra vez que, en todos los casos mencionados, las políticas oficiales siguieron la senda del “pragmatismo”, manteniendo en muchos casos el *statu quo* favorable a los que obtuvieron ventajas con los totalitarismos (más allá de las diferencias en los casos, dentro de las cuales el proceso español es el que más se inclinó por el olvido y la tolerancia hacia los victimarios), e impidiendo —hasta ahora— que a la democracia formal y al progreso económico (este último limitado al caso alemán y español) los acompañara la verdad y la justicia.

Vuelvo aquí sobre lo señalado más arriba: el contenido de la “democracia”. Esta palabra, como muchas otras, puede definirse de diversos modos. Además, su valoración positiva hace que muchos pretendan apoderarse de la exclusividad de su definición para lo que ellos entienden como democrático. Sigue vigente (hoy más que nunca tras el avance de las discusiones del Foro Mundial de Porto Alegre) la discusión tradicional que enfrenta a la democracia participativa contra la democracia delegativa, por dar sólo un ejemplo de las distintas interpretaciones que se le pueden dar a la democracia de acuerdo al adjetivo que la acompaña. En efecto, puede haber distintas formas de interpretar a la democracia y ello no debería ser motivo de descalificación. En la noción de democracia que tengo como ideal, ella es, más allá —o sea, además— de la toma de decisiones políticas sobre el futuro en forma mayoritaria pero respetando a los individuos, un sistema asentado en la justicia y en la verdad. Si se le deben realizar críticas a los sistemas democráticos efectivamente implantados en las áreas geográficas a las que hacemos referencia, es su fallo sistemático en asentar y reconocer la verdad histórica, primero, e imponer justicia, tras ello, como para comenzar a andar realmente sin tener la herencia ignominiosa del pasado como mancha imborrable.

Las democracias reales de los países analizados se afirmaron sobre “pies de barro” al no realizar justicia para con las víctimas. Pues bien, tanto esta última opción política, filosófica y, finalmente, moral; como la otra que se ha mencionado (la de la memoria), pueden asociarse indisolublemente a dos diferentes procesos que son aquellos que tradicionalmente han incidido para identificar la voluntad social o solidaridad durkheiminiana. Esa voluntad subyace a todo proceso de construcción de la historia colectiva de los pueblos. La decisión política impuesta “desde arriba” implicaba el pro-



ceso de olvidar o dejar de lado el pasado, borrando aquellos sucesos o períodos de la historia que se suponen negativos para la identificación social, aun cuando no sus consecuencias. En esta senda será posible que se repitan aquellas crueldades nunca sancionadas y, además, se producirá una crisis de valores que en parte ya padecemos. Es lo que BERGALLI señalaba críticamente a la política argentina de los años ochenta por haber “decidido como necesario de olvido conductas que han lesionado sentimientos colectivos, profundos y precisos (DURKHEIM), poniendo en crisis la propia cohesión social, acometiendo contra la solidaridad mecánica de la sociedad argentina y su conciencia que se suponen expresadas en el Derecho penal. Al violentar una de las categorías de este último, dando por supuestamente innecesaria la persecución de ciertos delitos y de sus autores, que han atacado sentimientos de tanta entidad como el respeto por la vida humana, por la integridad física y moral de los individuos, en razón de una situación coyuntural, ha quedado al descubierto un estado de anomia difícil de subsanar” (BERGALLI, 1988a:50). La anomia es actual, pero los intentos de superarla imponiendo otra vez los valores dictatoriales y totalitarios no lo son menos, y es por ello que es necesario denunciar a la cultura jurídica del olvido con intención de que no afecte nuestro presente y nuestro futuro.

La otra opción, la de la recuperación de la memoria histórica y su, eventual, aplicación jurídica para depurar el pasado, es la del otro proceso que juega un papel decisivo para descubrir el inconsciente colectivo que toda sociedad posee. De ella también se ha ocupado BERGALLI, quizá muy brevemente, en las ocasiones de que dispuso para expresarse sobre las leyes del olvido y los indultos en Argentina (lo ya citado y BERGALLI, 1988a; 1988b). Es necesario volver a insistir aquí sobre la importancia de lo jurídico para aquella tarea colectiva de recuperar la memoria histórica y construir una verdadera democracia.

En los últimos años se han producido en el plano internacional algunos sucesos que han servido para robustecer la creencia de que efectivamente la jurisdicción y el Derecho penal pueden desempeñar una cierta capacidad recuperadora de la memoria histórica. Me refiero, por un lado, a la tarea de construir un Tribunal Penal Internacional, orientado —al igual que sus homólogos *ad hoc* sobre Ruanda y Yugoslavia— hacia la repre-

sión de los crímenes de Estado. Por el otro, a la adopción de decisiones jurisdiccionales (en distintas partes del mundo —incluso en los países objeto de la represión como Argentina, ver BERGALLI 2001—, pero siempre orientadas a las dictaduras del cono sur latinoamericano) que comenzaron a señalar el camino para poner en práctica el principio de la extensión de jurisdicción o de justicia universal para aprehender y castigar a los autores de dichos delitos de lesa humanidad.

En efecto, la memoria y lo jurídico deben estar íntimamente entrelazados. El uso público de la historia del que habló HABERMAS (recogido en el mismo sentido aquí utilizado por RUSCONI, 1985:98-110) comprende, entre otros elementos, también la participación del Derecho penal.

Es importante insistir en ello aquí. La cultura del olvido, asumida entre los cultores del Derecho penal, puede ser considerada una de las más importantes responsables del abandono de los temas centrales de esta ciencia penal desde sus primeras aproximaciones. Es un hecho que los penalistas españoles se abstienen de discutir los grandes temas que hacen a nuestra disciplina (y no sólo a nuestra disciplina), como lo son los presupuestos de la responsabilidad criminal, por un lado, y las llamadas teorías de la pena, por el otro. NOVOA MONREAL ya había señalado la utilización de “discusiones bizantinas” y “malabarismos jurídicos” en torno a la dogmática penal con el fin de eludir las discusiones sobre la responsabilidad penal y sobre el fin de la pena (1982).

Si bien las discusiones sobre la llamada teoría del delito han sido realizadas en términos más agresivos de lo que parecía estar en juego (indagar sobre ello era el intento de MUÑOZ CONDE, 2001), no pasaba lo mismo en el tratamiento de aquellos otros temas que sí son capitales desde la filosofía y la política. No pasaba porque de ello, sencillamente, no se hablaba<sup>1</sup>.

Estudiar los aportes más novedosos a las teorías de la pena, también puede dar pistas sobre lo que se ha querido señalar como “uso jurídico de la memoria”. Conviene en este punto volver la vista a lo que sucede en los Estados Unidos, ya que de allí no sólo emergen nuevas formas de totalitarismo, sino importantes reflexiones para la ciencia penal. Desde fines de la década de 1970, ha habido en aquel país una vuelta sobre las teorías retributivas, que sucedía a años de apogeo de una visión utilitarista o instrumental de la pena que habría

1. Coincidimos con el Prof. MALAMUD GOTI en señalar lo “autofrustrante” de las disputas dentro de la academia jurídico-penal. En efecto, no parece razonable encontrar un genuino debate filosófico ni político entre la “teoría del dolo” y la “teoría de la culpabilidad” (2003: VI y VII). Sin embargo, sí que estamos frente a tal tipo de debate en lo que aquí se ha reseñado, y no se debe evitar involucrarse en el mismo del lado de la democracia, la verdad y la justicia. Y en contra del totalitarismo.

llevado a justificaciones de las peores políticas de severidad penal (ver VON HIRSCH, 1998). Se pueden distinguir, no obstante, aproximaciones progresistas, y por el contrario otras conservadoras, a lo que generalmente se ha llamado *just deserts*.

Entre las progresistas parece interesante inspeccionar la teorización que sobre el castigo ha hecho un autor, quizás no casualmente traducido por el Profesor MUÑOZ CONDE al castellano. El Profesor George FLETCHER hace una interesante descripción del delito desde un punto de vista interindividual. Así la conducta delictiva expresa una supremacía del delincuente sobre su víctima (FLETCHER, 1997a:37). El castigo, entonces, debería desvirtuar esa supremacía y ser visto como una forma de solidaridad con las víctimas (FLETCHER, lo citado y 1997b:26 y 272). Al describir las teorías de Fletcher, el Profesor MALAMUD GOTI —que no las comparte en su totalidad— señala a las acciones criminales de los Estados terroristas como el mejor ejemplo del desequilibrio señalado. Y agrega que, en esos casos, queda evidenciado que las víctimas no buscan retribución en el sentido de venganza, sino que buscan justicia; no buscan infringir dolor sino que buscan que les den la razón (2003b:117).

Aquí se vuelve otra vez al importante valor de lo jurídico para otorgar un sentido ya no tan sólo para la víctima y el victimario, sino también sobre la comunidad y sobre el juicio histórico futuro. En las audiencias de Nüremberg y las otras del mismo tipo que le siguieron (entre ellas, COHEN —1997:557 y ss.— cita a los procesos seguidos tras la caída de dictaduras en Latinoamérica, tras la caída del comunismo en el Este europeo, y tras la caída del régimen de *apartheid* en Sudáfrica), lo que allí sucedía fue seguido por toda la población y por lo tanto tales juicios se convirtieron en actos fundacionales de nuevos períodos democratizadores o de transición hacia la democracia. Es cierto que en algunos casos se crearon más expectativas de la que dichos procesos tuvieron o bien cumplir. En aquellos casos, quienes pusieron mayor interés, y expectativas, en el ritual judicial fueron menos decepcionados que quienes lo hicieron sobre los castigos impuestos, siempre incapaces de abarcar todo el horror causado por los responsables de severas vulneraciones a los derechos humanos. A pesar de todo, y con todos los efectos que tuvieron luego los incumplimientos de las sanciones, una verdad histórica informaba el nacimiento de la democracia.

Explora COHEN, al señalar la relación entre conocimiento y responsabilidad por un hecho, “si los rituales convencionales de prueba de acuerdo al modelo del Derecho penal ofrecen una forma

efectiva de lograr conocimiento. Después de todo, es eso lo que el proceso penal ordinario pretende, tanto en su forma inquisitiva como acusatoria” (1997:572). En efecto, el mismo juicio penal puede cumplir las funciones de conocimiento del pasado, así como la ya expuesta de reconocimiento de las víctimas. También podría lograrse un reconocimiento de la culpa, a través de la censura, necesaria asimismo para una efectiva “reintegración”. COHEN (1997) se hace preguntas sobre estas posibilidades del juicio penal, en especial en los casos de delitos realizados por regímenes estatales previos. Señala así cinco debates en torno al tratamiento de los crímenes de aquellos regímenes: el del “conocimiento” (que puede lograrse mediante comisiones especiales, pero también mediante juicios penales), el de la “responsabilidad” (exclusivamente limitado al juicio penal y, por cierto, emprendido por pocas “transiciones”), el de la “impunidad” (el modelo usual, que requiere también del desconocimiento), el de la “expiación” (mediante purgas rituales que van más allá de lo realizado en un juicio penal), y el de la “reconciliación” (que debe partir de la censura, salvo que la reconciliación sea falsa y se utilice como una “continuidad” del anterior régimen). De acuerdo a lo mencionado más arriba sobre la función de la verdad para equiparar la discriminación hacia la víctima, ninguna democracia verdadera puede afirmarse en la impunidad y en el olvido.

También FERRAJOLI le otorga importancia política al mismo ritual judicial estatal y supra-estatal en determinados casos aberrantes, aun cuando su “veredicto” no imponga castigos sino que se limite a imponer “verdades”. Efectivamente, en un artículo recientemente traducido al castellano destaca la labor de aquellos tribunales llamados “de opinión” (puesto que no tienen posibilidad de ejecutar sus juicios y condenas) tales como los Tribunales “Russell” I y II, sobre los crímenes en Vietnam y en Latinoamérica, o el Tribunal Permanente de los Pueblos, que él mismo integró. Además de la importante función de denuncia, y de estigmatización moral y política a los crímenes contra la humanidad, en ellos también se denunciaba la ausencia de un derecho idóneo y se intentaba reconstruir el sentido de los valores maltratados. Se verifica en particular en este caso que la ausencia de sanción no es un problema si se afirma la verdad, puesto que el sentido común de la justicia se va formando en torno al ejercicio simbólico del tribunal en la práctica social, y con el valor normativo que se le atribuye en la comunicación política desde el mismo. El castigo no necesariamente modifica el sentido común sobre los

valores puestos en juego. Es precisamente este sentido común en torno a los derechos humanos el que ha contribuido a formar el hecho de realizar un “juicio” —aunque sólo moral—, contrarrestando la pérdida de sentido de tales valores en regímenes de violencia y de no derecho. Recuerda en especial FERRAJOLI el Tribunal para los crímenes de la dictadura de Stroessner en Paraguay, que integró junto a Salvatore Senese. Según cuenta, este juicio se desarrolló en una gran sala frente a cientos de personas, con la presencia de la prensa y la televisión, y vio desfilar decenas de pobres campesinos que venían a mostrar las señales de las torturas sufridas en su cuerpo, a denunciar masacres y desapariciones, violaciones, violencias y expoliaciones. Se trató de una toma de conciencia colectiva (1998).

La conciencia colectiva se construye, indudablemente, con la ayuda del arsenal jurídico. Lo jurídico, con los valores de verdad y justicia, tiene un valor fundamental para imponer determinados valores y determinadas verdades, que se aferrarán en la conciencia y en la memoria histórica de los individuos. Sobremanera en la redefinición de los valores propiamente jurídicos de la “justicia”, algo alejado de la pena en tanto violencia. Los casos mencionados —y, como ejemplo de lo contrario, los múltiples casos en que nunca se realizaron tales rituales judiciales sobre esos regímenes como el de los crímenes cometidos por la dictadura de Franco— son un ejemplo mayúsculo de la impronta y valor simbólico y significativo de la actuación del Derecho en conjunción con la memoria. Señala MALAMUD GOTI (2003: VIII) que “hay ciertas manifestaciones del Derecho que apuntan más que nada a generar creencias: la condena (y la absolución) en materia criminal apuntan a convencer sobre cómo fue el pasado”. Parece que, de la forma que fuera, en esas circunstancias se puede discutir sobre ese pasado. En cambio mediante la ausencia de esa discusión jurídica se permite obviar tal discusión y llegar a la negación del mismo (de lo que se ha advertido el peligro en Alemania) y, posteriormente, sólo hay un paso para la glorificación de los victimarios.

Se ha insistido, en numerosas oportunidades, sobre la importancia de la recuperación de la memoria histórica y su aplicación para “depurar” el pasado por parte de las jurisdicciones democráticas (por nombrar sólo una de las primeras y una de las últimas veces en que lo hizo el coautor: BERGALLI 1988a y 2000). Aunque, ciertamente, no se puede delegar el establecimiento de la historia en los tribunales, pues eso no sería bueno ni para la historia ni para la justicia, las consecuen-

cias de los enjuiciamientos públicos en la consolidación de la memoria no pueden ser despreciadas. El refuerzo de los valores compartidos por una comunidad que puede, o no, realizar la representación de un juicio penal —a diferencia de la versión durkheimiana limitada al castigo—, no es una función menor para todos los ciudadanos, aunque en parte se comparta por el propio Estado. A la vez, por reducir el nivel de violencias, pueda ser conveniente para los acusados y también para las víctimas el otorgar la formalidad jurídica al acto de restablecer la verdad y la justicia. Ello ha sido tenido en cuenta, quizás, como principal justificación para televisar los juicios sobre los crímenes de guerra en la ex Yugoslavia. Al dar cuenta a toda la comunidad internacional de la respuesta que ella misma prohijó para los sucesos allí juzgados, también se busca la reconciliación con el pasado de los habitantes de las nuevas repúblicas de la zona.

El recurso constante a la justicia, que “padece” la política en la actualidad, puede darnos una idea de lo que necesita la sociedad. Básicamente los reclamos de nuevos movimientos sociales que rechazan las antiguas intermediaciones políticas son tan antiguos como lo es la búsqueda de justicia. “Esta nueva sensibilidad traduce una demanda moral: la espera de una instancia que defina el bien y el mal y que fije la injusticia en la memoria colectiva” (GARAPON, 1997:17). Los individuos que integran las sociedades, entre ellos me incluyo, no toleran ni la ocultación sobre hechos relevantes del pasado, ni tampoco una falsa interpretación “postmoderna” de que tales hechos están sujetos a valoraciones o a interpretaciones, tornándose imposible la reprochabilidad y la graduación de la misma.

Para terminar, es necesario tener en cuenta otra advertencia de la presente polémica. Al contrario del “retribucionismo igualador” y preocupado por la víctima que se mencionaba, aparece hoy en la escena penal estadounidense y en las que la imitan, otro tipo de retribucionismo, en este caso de claro cariz represivo y conservador. Éste, en parte, es corresponsable de un posible regreso al pasado.

Quizás hubiera sido ésta la reflexión más importante hecha desde el presente a la obra histórica de MUÑOZ CONDE. El autor sevillano nos muestra que las primeras medidas penales impuestas por el nazismo (con la justificación científica de los “sabios” del momento) apuntaban contra los seres humanos considerados como “asociales”, básicamente mendigos o “vagos y maleantes”. Esas medidas fueron apoyadas (incluso electoralmente) por una burguesía asustada. Asustada como lo está actualmente una clase de

humanos provisionalmente “incluidos” en el sistema y que es seducida por los cantos de sirena de la seguridad ciudadana (es, en este caso, una sirena de patrullero).

De esta forma se utilizan los miedos para potenciar una maquinaria violenta que puede, como hizo en el pasado, arrasarse los contenidos mínimos de un Estado de derecho y los efectivos valores de la democracia. Para no ir más lejos que el marco estatal del autor reseñado, se debe indicar que el actual presidente de gobierno español utilizó como lema de campaña electoral el de “barrer a la calle de delincuentes”. Ese lema, que trata a algunos seres humanos como basura (que es lo que se barre de las calles), podría haber sido suscrito por algunos de los dictadores que se pretenden olvidar. El lema no es sólo un recurso retórico, como lo demuestran las leyes punitivas españolas de la reciente reforma penal y procesal penal del 2003.

Algunos de los españoles que tienen actualmente miedo pueden sospechar que los potenciales objetos de esa reforma penal (“enemigos” políticos, asociales) no serán ellos. Y que en todo caso, aquellos son más peligrosos que la maquinaria de violencia estatal que se habilita. Eso en efecto sucede, pues en esas leyes punitivas se hace una falsa identificación con las víctimas. En realidad, mediante ellas no se expresa solidaridad sino que se las usa como excusa para aumentar el nivel punitivo del Estado.

Ya había señalado este mecanismo el autor en comentario: “Es desde luego más fácil (y más barato) elevar las penas en algunos delitos que ayudar económicamente a las víctimas; o simplemente utilizar el argumento de la protección de las víctimas para incrementar el nivel represivo del Derecho penal. Es evidente que un aumento en la dureza de la sanción punitiva satisface, en cierto modo, los deseos de venganza y los sentimientos de frustración e impotencia que despiertan en la víctima y en la sociedad en general la comisión de un delito, y que a corto plazo puede resultar políticamente rentable” (HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 2001:209).

Tentado estoy de culminar advirtiendo del peligro para todos del poder punitivo una vez desatado, citando un conocido poema de Bertolt BRECHT. Temo resultar cursi. Por ello, y por si todavía estamos a tiempo de evitar el “regreso al futuro” (y eso sólo se logrará tras indagar el pasado) recordaré a Mnemosine, la diosa de la memoria, que según VOLTAIRE en sus *Aventuras de la memoria* advierte: “Imbéciles, os perdono; pero esta vez recordad que sin sentidos no hay memoria y sin memoria no hay pensamiento”.

### III. Holocausto, memoria y verdad

El ensayo —que no mera recensión— que se ha hecho en precedencia, acerca de una polémica desatada por los detractores de un proceso de investigación histórico-política y jurídico-penal que emprendiera con un encomiable denuedo Francisco MUÑOZ CONDE, ofrece, a lo largo de una variedad de aspectos, los ribetes salientes de una pestilente (en los dos sentidos, de cosa mala que puede originar daño grave, como en lo que da mal olor) situación que rodea una buena franja de la cultura jurídica de habla castellana. Por mi parte, no me voy a extender sobre lo que considere relevante —y es, de verdad, mucho y sustancioso lo que así pudiera analizarse— del entredicho (que puede no ser tal si se descartasen las groserías e indignidades que han esgrimido los iniciadores de la polémica). Pienso que ya ANITUA ha hecho un largo recorrido, con abundante justificación argumental y bibliográfica, a través de personajes, aportes y obras que constituyen las piezas principales del andamiaje encubridor puesto en evidencia por MUÑOZ CONDE. No me parece que, quitados los improprios y el *animus iniuriandi* que demuestran los que abrieron la polémica, quede algo sustancioso de sus partes como para analizar desde una perspectiva revisionista. De tal manera, quienes han utilizado únicamente el agravio para procurar mantener oculta la verdad acerca de sus “protegidos” *in absentia mortis*, antiguos protectores, han quedado absolutamente descalificados, no únicamente en el plano de la polémica, sino y principalmente en el de las maneras de actuar, las cuales requieren de unos mínimos si lo que se pretende es convencer, con argumentos y razones, sin agraviar ni insultar. A esto yo lo denomino tolerancia, sustento de una convivencia democrática como también de la producción de un conocimiento abierto y fluido.

Por estos motivos, considero que, para completar la tarea desmitificadora de MUÑOZ, enfatizada ahora por ANITUA, valdría la pena extender aquel recorrido hacia otros horizontes y escenarios del firmamento en el cual hay que inscribir esta penosa contribución realizada por un buen sector de la disciplina jurídico-penal, germana e hispano-parlante, para cubrir con el manto del olvido (lo cual no debe ni puede ser posible, en el momento de la “historia universal de la infamia” en que nos encontramos) uno de los más aberrantes y negros períodos de la cultura occidental. Todo ello, no sin antes, tratar de suministrar el marco cultural e histórico que precedió en Alemania a esa disciplina jurídico-penal de 1950 y 1960, de la cual, con la polémica que ahora se puede conocer

en castellano, quizá algunos denominarán como *encubridora* u *ocultadora* de lo que evidentemente queda en el trasfondo de un Derecho penal autoritario, con bases totalitarias, con el que, obviamente durante el nazismo, pero también con posterioridad, en las décadas mencionadas, simpatizó buena parte de la dogmática penal, alemana y de la escrita en lengua castellana, es decir, de España y Latinoamérica. Pues, lo que queda en el trasfondo y se ha pretendido encubrir u ocultar, ha sido nada menos ni nada más que el *Holocausto* y lo que ha quedado como más emblemático de él que conocemos con el nombre de uno de los lugares más siniestros que no deben olvidarse: Auschwitz, para lo cual, entre muchos y muchas, está ahí la palabra de Primo LEVI para recordarlo (cfr., entre tantos, *Se questo è un uomo, La tregua, I sommersi e i salvati*).

En consecuencia, entiendo que, desde los análisis del pasado y la historia de lo vivido, la memoria deviene un acto de fe el cual, como tal, no reclama una discusión sino de ser escuchada únicamente la verdad. De tal manera, trataré de reflexionar a seguido sobre las categorías filosófico-políticas que han dado sustento a ese pensamiento penal autoritario en Europa, procurando ulteriormente buscar en la memoria personal algunos datos que permitan explicar, en Argentina, el aparente “olvido” del que ahora, desde España, intenta MUÑOZ CONDE rescatar una figura clave para ese tipo de pensamiento, en sus contornos más relacionados con el *Holocausto*.

1. Una de las categorías más utilizadas con frecuencia en la discusión sobre el siglo XX, la cual es retomada ahora con el nuevo siglo aunque frente a actos de inaudita violencia y nuevas guerras, es sin duda la del *totalitarismo*: una nueva y peculiar forma de política —según otros, una nueva mentalidad— que caracterizó algunos de los regímenes políticos de masa en Europa, entre las décadas de 1920 y 1950, encontrando su expresión, de maneras diferentes, en los fascismos italiano y alemán, y en el comunismo soviético. En el totalitarismo nazi, y en un cierto punto también en el fascista, es que debe colocarse la barbarie suprema del siglo XX, cual fue la tentada destrucción de los judíos de Europa, lo que se conoce como la *Shoa*, más a la que debe todavía agregarse la ensayada con otras etnias, como la gitana y otras categorías de personas, las que por sus opciones sexuales, políticas o de otra naturaleza fueron objeto de semejante persecución y atropellos.

La mayor parte de los historiadores ha mantenido siempre una cierta desconfianza hacia la categoría del *totalitarismo*. Sin embargo, es indudable que ella ha estado desde antes presente en el

debate y en el choque político europeo a partir de 1920, aunque posteriormente haya atravesado con intensidad la discusión histórica, filosófica y política sobre el siglo XX, por diversas décadas hasta hoy; una discusión, cuya división de aguas fue señalada hace ya más de cincuenta años atrás, por la publicación del estudio de Hannah ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo* (1981).

No muchos/as saben, por otra parte —si bien esto sea más bien notorio en ese ámbito cultural— que el término *totalitarismo* nació con toda evidencia en Italia, y posiblemente el primero que lo empleó fue el liberal antifascista Giorgio AMENDOLA, en las páginas de su *Mondo*, en 1923. Aún reconociendo inicialmente la paternidad a los propios adversarios, el término fue de inmediato adoptado por el fascismo para definir su nueva política propia, siendo reivindicado con orgullo por el mismo Mussolini, y por Giovanni Gentile con cuya ideología político-filosófica tal término casaba muy bien. Este aspecto de la definición de régimen totalitario aplicada al fascismo ha constituido una reflexión acerca de la oportunidad y propiedad en la historiografía italiana.

Emilio GENTILE (1995) ha reconocido que el fascismo fue indudablemente un “proyecto” y un “proceso” totalitario, en el sentido que intentó realizar, a partir de una ideología antidemocrática y a través de un régimen de partido único, basado sobre la represión política, el control de los medios de información y la violencia, una transformación radical de la sociedad italiana, no sólo en el terreno de la esfera pública, sino también en el de la privada de la vida de las personas y de la consciencia individual. A seguido, en la vida del fascismo, entró asimismo el racismo de Estado y, finalmente, la persecución de la vida física de una parte de la población —los judíos italianos—, con la cooperación del fascismo reconstituido, entre 1943-1945 (*Repubblica di Saló*), en la política nazi del exterminio de masas.

El discurso sobre el totalitarismo se relaciona entonces también, de forma consistente, con Italia —donde, como he esbozado, nace en reacción al fascismo—, mas se ha desarrollado sobre todo en el análisis del nazismo alemán y, en una perspectiva comparada, del comunismo soviético (puede verse con este propósito, un reciente volumen a cargo de Marcello FLORES, 1998). Pero, en mi opinión, la más reciente y detallada reconstrucción de Marina FORTI (2001) conduce en el nuevo recorrido de las etapas de la discusión sobre el totalitarismo que comprometió a los intelectuales europeos hasta 1930. Esta discusión, en realidad, ha seguido dos direcciones: por un lado, se orientó hacia la evolución de la política en Alema-

nia, los desarrollos y las consecuencias de la dictadura de Adolf Hitler (y, en lo que a ella atañe, a la evolución del régimen estalinista en la Unión Soviética); por otro lado, muy velozmente, la discusión se configuró —en el ámbito filosófico y con el compromiso de algunos de los mayores pensadores europeos del siglo pasado— como un punto de observación, análisis y reflexión desencantada sobre la evolución y el destino de la política, y del mismo pensamiento occidental, tal como se había desarrollado a partir al menos del Iluminismo y de la Revolución francesa.

La reflexión sobre el nazismo como totalitarismo —la cual ya encontró sus primeras alusiones de carácter literario más que de otros, en algunos escritos de Ernest JÜNGER, en los que se esbozaba la “dimensión totalizadora de la política” inaugurada por la primera Guerra Mundial— tuvo su comienzo desde dentro del movimiento nazi por obra del filósofo Carl SCHMITT, con sus escritos del inicio de 1930 dedicados al *totaler Staat*, transformación del tradicional Estado soberano, al cual está sujeta también la dimensión privada, con lo que se llevó a cabo la inclusión *total* de los ciudadanos. Muy tempranamente también Hitler y Göbbels comenzaron a hablar de “Estado totalitario”, y SCHMITT precisó que éste debía reconocer la autoridad que derivaba en su Jefe por estar en relación con una comunidad de pueblo “racionalmente homogénea”, fundiendo de tal manera la concepción totalitaria con la ideología racista.

Pero fue en París, en esos mismos años, en que el análisis del totalitarismo se desarrolló en una clave antifascista respecto al nazismo, y en otra socialista herética en relación al comunismo. Fue probablemente Víctor SERGE el primero en hablar de régimen “totalitario” al referirse a la Unión Soviética de Stalin ya en 1933, y a denunciar después en su *Destine d'une revolution* de 1937 los peligros ínsitos en las degeneraciones del socialismo soviético y en la traición de la revolución de Lenin la cual, en algunos aspectos, llevaba en sí misma los gérmenes ideológicos y estatalizadores del régimen stalinista. En la Francia de los años treinta se manifestaron también figuras como Raymond ARON, Georges BATAILLE, Simon WEIL y otros reflexionando sobre la inquietante y oscura dimensión religiosa del totalitarismo; el primero, hablando explícitamente sobre este tipo de régimen como “religión secular”, en su forma “hiper-racionalista” expresada en el socialismo y en el marxismo, y en la “irracionalista” del nacional-socialismo. A la diáspora alemana en los Estados Unidos pertenecen, en cambio, obras sobre el totalitarismo nazi, tales como *Double State* de Ernest FRAENKEL, *Behemoth* de Franz NEUMANN, y *Permanent Revolution* de Sigmund

NEUMANN, publicadas todas en Nueva York entre los años 1941-1942, precisamente mientras en Europa estaba comenzando el exterminio de los judíos al cual estos autores habían escapado. En la huella de esta tradición de estudios —que es por muchos aspectos la de los temas afines a ADORNO y HORKHEIMER, o sea, de la “escuela de Frankfurt”— se coloca en cierto forma original, en la inmediata post-guerra, la misma Hannah ARENDT con su renombrado estudio arriba citado.

El segundo filón de reflexiones sobre el totalitarismo —la parte quizá menos conocida de este debate porque aparece menos ligada aparentemente al tema específico, pero que es originalmente retomada por Simona FORTI— se entrelaza naturalmente a algunos de estos análisis histórico-politológicos, aunque posee rasgos más fuertemente filosóficos. Este tipo de reflexión, en buena parte desligado de una investigación directa sobre el nazismo y el comunismo, se interroga a partir del totalitarismo —visto como un momento y una condición de “crisis metafísica”, radical y sin precedentes en la humanidad— sobre el destino nihilista de la política y de la racionalidad de Occidente. A esta vertiente pertenecen diversos pensadores de formación heideggeriana (y, además, también ellos de origen judeo-alemán) como Leo STRAUSS, Karl LÖWITH y Emmanuel LEVINAS. Por una parte, ellos pusieron a la luz, ya a partir desde 1930 pero particularmente en la década sucesiva, el carácter destructivo e irracional de los regímenes totalitarios (en particular del nazismo); mientras, por otra parte, también sugirieron que en estos regímenes se realizaran y se pusieran en el máximo grado “algunas premisas racionalistas implícitas en la misma Modernidad”. En ambas hipótesis el totalitarismo se vinculaba con un triunfo desencadenado y arrasador de la técnica. El totalitarismo desplega así una inédita y mortal combinación de arcaico progreso racionalista y tecnológico, mística e ideología semirreligiosa, con nihilismo; la “dialéctica del Iluminismo” (ADORNO/HORKHEIMER, 1969) ponía además en discusión las dicotomías consolidadas de racionalismo/irracionalismo, progreso/reacción, y hasta de sujeto/objeto.

Algunos aspectos de estas tradiciones han sido retomadas y reelaboradas por David BIDUSSA en su brillante ensayo último sobre la “mentalidad autoritaria” (2001). Según BIDUSSA, el totalitarismo puede ser pensado como una experiencia política —potencialmente todavía actual— fundada sobre dos factores: por un lado, un orden jerárquico que garantiza una dimensión de salvación cuasi-religiosa, en particular por medio de la entrega a un jefe redentor; por otro lado, una de-

manda de seguridad y simplificación social y cultural que en este orden jerárquico y totalizante encuentra acogida. Desde un punto de vista histórico, la categoría del totalitarismo describe, entonces, una evolución de las formas políticas de Occidente, antes que una transformación de la mentalidad colectiva, iniciada con la Revolución francesa y pasada a través del largo siglo XIX (el cual, por cierto, algunos definen como “breve”) y la primera Guerra Mundial.

La “mentalidad totalitaria” es, para BIDUSSA, “aquella sensibilidad mental que produce un imaginario de desiderabilidad del ordenamiento social fuertemente controlado, caracterizado por la agresividad y cargado de victimismo persecutorio” (2001:27, trad. de quien escribe). Ella es el resultado de la complejidad social producida por la crisis del *Ancien Régime* y del consecuente estado de ansia colectiva frente al riesgo de la perturbación social y política. Sus procedimientos mentales son las explicaciones conspirativas y la búsqueda de una condición de coerción y sometimiento.

Recurriendo a los instrumentos de la crítica literaria, además de aquellos de las ciencias sociales, con la intención de estudiar los “temores de la Modernidad” sobre la cual el totalitarismo se arraiga, BIDUSSA analiza inesperadamente, y con un recorrido del todo original, la literatura decimonónica sobre los vampiros —desde *Frankenstein* de Mary SHELLEY, al *Vampiro* de POLIDORI, a *Drácula* de Bram STOCKER, pero hasta recurriendo a la voz “Vampiro” de VOLTAIRE en la *Encyclopédie*— como una suerte de “palimpsesto” de la conciencia colectiva europea. Los vampiros y sus historias son aquí interpretados como metáforas de las desestabilizadoras transformaciones económicas y sociales seguidas por la “doble revolución” (política y económica) entre los siglos XVIII y XIX; mas, para BIDUSSA, también constituyen figuras del “diverso”, del “ajeno”, con las cuales se manifiestan en realidad los temores de la sociedad moderna de ser “poseída por fuerzas externas”. Sobre estas dinámicas de la conciencia colectiva se enraza el surgimiento del totalitarismo; es decir, sobre estas condiciones de incertidumbre y búsqueda de seguridad, y sobre las explicaciones conspirativas y oscuras de la historia y de la sociedad que derivan. También a partir de ellas el totalitarismo debe buscar un “enemigo” en su interior, y —como lo notaba ya Hanna ARENDT— exterminarlo necesariamente.

La categoría de totalitarismo —explican FORTI y BIDUSSA— es todavía hoy, en consecuencia, probablemente necesaria para los historiadores, filósofos y politólogos que escrutan el rostro oscu-

ro de la Modernidad, y se interrogan —sin pre-conceptos, pero teniendo firmes las distinciones entre los fenómenos históricos— sobre la naturaleza política del XIX, reflexionando sobre la misma condición humana tal como se ha venido manifestando y determinando en los momentos más oscuros y atroces del pasado reciente.

2. Las raíces ideológicas y políticas del nacional-socialismo, de donde proviene el *nazismo* (como traducción del alemán *nazismus*, acortamiento de *nazionalsozialismus*), ponen muchos problemas de interpretación a los expertos, en vinculación con la categoría del *totalitarismo*. Un primer problema es el de su definición, toda vez que en su forma más genérica fue usado, hace más de un siglo, por varias ideologías y movimientos políticos que proponían un tipo de socialismo diferente del socialismo internacionalista y marxista. En efecto, por una parte este nacional-socialismo nace en el siglo XIX como una reacción a la sociedad industrial y a la emancipación liberal. Por la otra, muchos movimientos nacionalistas en los países en vía de desarrollo, en particular en los Estados árabes (socialismo árabe), propugnaron nuevas formas de nacionalismo en alternativa al feudalismo o al colonialismo. Mas, en cualquiera de estos ejemplos la utilización de *nacional-socialismo* puede ser cuestionable ya que como fenómeno político de dimensiones mundiales el término se relaciona casi exclusivamente con el movimiento fundado y guiado por Adolf Hitler, después de la primera Guerra Mundial (desde cuando se le menciona como *nazismo*). Como fenómeno histórico, algunos ven sus orígenes tanto en el imperio medieval, como en la Reforma protestante, cuanto en Federico el Grande de Prusia.

Pero el fenómeno social, político, cultural y económico nazi es algo que, como la historiografía dedicada a él lo ha demostrado, pese a la complejidad de sus raíces en la historia y, con más precisión, en la de los pueblos germanos, tiene que ser entendido en dos niveles. Antes de nada, como reacción directa a la primera Guerra Mundial y a sus consecuencias, aunque también como resultado de tendencias e ideas anteriores en el tiempo, relacionadas con problemas de unificación nacional y de modernización social; problemas éstos que dominan el desarrollo alemán desde comienzos del siglo XIX. La inesperada derrota alemana en 1918 y las desastrosas consecuencias —tanto materiales como psicológicas— son las que permiten explicar la fundación del partido nazi y su clamoroso ascenso político en la escena alemana, posterior a la caída de la República de Weimar, con un vastísimo apoyo de las clases medias y populares (BRACHER, 1990:669-675).

Las ideas pan-germánicas y hegemónicas del nacional-socialismo alimentaron la doctrina del *Lebensraum* (espacio vital), la cual propició el expansionismo generador de las ocupaciones llevadas a cabo a partir de 1938. La idea fundamental de Hitler fue la de revelar el principio expansionista del Estado nacional (*Dritte Reich*) por medio del fundamento imperialista de la prevalencia de los elementos biológicos y raciales “superiores”, dirigiendo hacia el Este el ataque contra los eslavos, racialmente “inferiores”, y hacia el interior contra los judíos, “enemigos mundiales número uno”.

Esta *Weltaanschuung* se explica, asimismo, por algunos hechos en los que se origina el NSDAP (*National Sozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), cuales son, por ejemplo: que los precursores del NSDAP fueron originarios de Austria (como el propio Hitler) y de Bohemia, áreas éstas en las que el nacionalismo antieslavo y antisemita de tipo socio-popular y cristiano-nacional tenían mucha difusión desde muchos años. Tampoco debe sorprender que el partido fuese fundado por Hitler en Munich ciudad que, junto a Viena, favorecía tanto las ideologías sostenidas por extrañas sectas ligadas a un fantasioso misticismo germánico, cuanto la creencia católica de la Gran Alemania antes que aquella protestante-prusiana del Estado alemán.

Sobre estas bases puede tener explicación la política de eliminación de todos aquellos considerados enemigos del pueblo o de la comunidad alemana (*Gemeinschaftsfeind*), entre los cuales, como ya es sabido, no se incluyen únicamente judíos. Ciertamente, semejante política, planteada inicialmente como un designio específico del nacional-socialismo hitleriano, pasó a centralizar la política criminal del Tercer Reich y a orientar la dogmática jurídico-penal alemana. No me parece necesario analizar esta política, ni tampoco las orientaciones que asumió la disciplina última citada. De todo ello, precisamente, se ha ocupado en extensión MUÑOZ CONDE en las obras antes referenciadas y nadie le ha cuestionado que en ello así influyera el nacional-socialismo.

El contexto cultural que determinó semejante vuelco político criminal y jurídico penal provocó transformaciones en las personas, en las costumbres, en las tradiciones, y hasta en el lenguaje, que quedaron registradas de forma indeleble (KLEMPERER, 1975). Pero, lo que aquí interesa destacar es la profunda afectación que ese vuelco produjo en la propia posición de los intelectuales, algo de lo cual ya ha sido expuesto en el apartado III.1 *supra*, aunque en tiempos recientes se está manifestando en campos mucho más específicos del co-

nocimiento. Pongo como ejemplo, más allá de debates como el que ha encabezado un premio Nobel como Günther GRASS (ver, por ejemplo, 1999) interrogándose sobre las culpas y el dolor acumulados por vencidos y vencedores, la polémica que ha atravesado la mecánica cuántica y que se ha revelado últimamente, en febrero de 2002, a raíz de la difusión hecha por el “Archivo Niels Bohr” de Copenhague de un documento que trae a la actualidad el papel de tres grandes físicos, como Werner Heisenberg y Carl Friedrich von Weizsäcker, los dos máximos científicos atómicos de los cuales disponía la Alemania de Hitler, después del éxodo de los físicos judíos, y el noruego Niels Bohr quien contrapuso a los otros dos su punto de vista sobre el posible empleo de la bomba atómica por el régimen nazi —cfr. <http://www.nbi.dk/nba>, donde se reproduce una carta escrita pero nunca enviada por Bohr, después de la publicación en 1957, en idioma danés, del libro de Robert JUNGK *Stærkere end tusind soles* (*Más brillante que mil soles*)—. Este documento ha asumido un particular relieve después de la obra teatral *Copenhagen* del autor inglés Michael FRAYN, basada sobre el libro del periodista Thomas POWER, *Heisenberg's War* (*La guerra de Heisenberg*), 1993, pues con dicha carta se sostiene lo contrario a la obra y el libro citados en los que se afirmaba que el científico que había formulado el principio de la indeterminación —Heisenberg— y que dirigiese el programa atómico alemán durante la segunda Guerra Mundial, habría saboteado este programa desde su interior.

Pienso que en ese contexto es donde debe ubicarse el entredicho surgido con motivo de las publicaciones de Francisco MUÑOZ CONDE, recogiendo y ampliando lo ya sostenido por sus colegas alemanes, como lo ha descrito ANITUA en el apartado I. Aún cuando lo acontecido en el terreno de la disciplina jurídico-penal alemana de post-guerra afecta, en particular, al alcance que ella ha tenido en España y Latinoamérica. Precisamente a este alcance dedicaré el siguiente apartado, con particular atención a la República Argentina.

3. Ahora bien, durante mi primera juventud, en Argentina, era conocido que a lo largo del primer gobierno de Perón (1946-1952) se hicieron ingentes esfuerzos para acoger a nazis alemanes y fascistas italianos, escapados a las caídas de los respectivos regímenes. Hay hechos tozudos que demuestran la protección y amparo que se les procuró en Argentina y muchas anécdotas así lo ilustran. Buena parte de ellos fueron militares (Priebke), algunos destacados miembros de la SS (Eichmann), pocos científicos (el caso del “su-



puesto" físico atómico Richter a quien Perón le instaló un Centro de Energía Atómica en la patagónica isla Huemul, de los lagos del sur, y fue quizá la única persona que supo engañar al líder), otros marinos. El incidente del *Graf Spee*, en el Río de la Plata, encerrado finalmente en el estuario, después de una persecución por la *Royal Navy* en el Atlántico, ante el rechazo de los náufragos por el gobierno uruguayo de la época, hizo que Perón acogiera a más de novecientos tripulantes. Buena parte de ellos, ya debidamente documentados por el gobierno argentino, fueron a habitar áreas de algunas provincias argentinas. Villa General Belgrano, de la provincia de Córdoba y otros pueblecillos en derredor, un lugar de encanto, fue uno de los lugares elegidos y, desde entonces, todos quienes visitan o pasan por ese bello lugar saben del origen de buena parte de sus habitantes, los cuales han contribuido en mantener parte de la zona como una auténtica población alpina. Curioso es, sin embargo que, quienes llegaron de tales modos, iniciaron un desplazamiento de los colonos predecesores quienes, por cierto, eran... alemanes judíos y se habían establecido allí desde finales de 1920!

Estas circunstancias, así relatadas, son útiles para destacar los escenarios y los sentimientos que favorecieron a antiguos criminales de guerra en travestirse como futuros granjeros, comerciantes, pequeños industriales que así iniciaban "otras vidas" o les dieron oportunidades para un nuevo arraigo.

Mas, el influjo que tuvo la ideología nazi, no arranca precisamente de la presencia de esos conspicuos representantes en territorio argentino, llegados a la caída del régimen en Alemania. Desde mucho antes y quizá con el avance del militarismo en la escena política nacional, las manifestaciones nazis tomaron el lugar en la formación castrense que había ocupado el prusianismo de la primera época del Ejército argentino. En la década de 1930, en particular después del golpe de Estado de 6 de septiembre encabezado por el General retirado José F. Uriburu, y a causa del enorme prestigio que éste poseía entre sus pares y antiguos subordinados, la simpatía de este militar por el Ejército alemán facilitó la penetración de la nueva ideología que alimentaba una buena porción de los militares alemanes. La formación alemana de Uriburu y de muchos de sus compañeros alentó el frecuente intercambio, el cual influenció de manera muy fuerte en los oficiales argentinos más jóvenes y así también, dada la fluida comunicación con grupos cívicos nacionalistas de los sectores aristocratizantes en especial de Buenos Aires (Liga Patriótica, por ejemplo), la simpatía por el

Tercer Reich y luego por el Eje estuvo muy presente en el nacimiento del GOU (sigla a la que se le atribuyen muchas interpretaciones, pero la de Grupo de Oficiales Unidos es la que ha permanecido); impulsor este GOU de la deposición del Presidente Ramón Castillo, un jurista que había sustituido, antes como interino y después como titular, a Roberto Ortiz cuya salud no le permitió cumplir el período para el cual había sido elegido en 1938 después de ocho años de gobiernos militares. El 4 de junio de 1943 se produce el golpe de Estado que instaló por fin al Ejército en el poder. Los oficiales que habían dado nacimiento a la logia secreta GOU comenzaron a tener presencia dentro del Poder Ejecutivo, entre ellos el coronel Juan D. Perón quien había realizado cursos en Italia con las tropas de Montaña, y el coronel Enrique P. González quien había llegado a ser agregado militar en la Embajada argentina en Berlín. De forma que las relaciones entre oficiales del Ejército, miembros del GOU y los grupos civiles de nacionalistas vinculados a ellos estuvieron muy cercanos al nazismo hasta el punto que la ruptura con el Eje se produjo recién el 26 de enero de 1944, luego que la presencia de agentes de Hitler en Argentina determinara una presión de los Estados Unidos sobre el gobierno del General Ramírez (este proceso puede verse sobre todo en POTSASH, 1969). Con los procesos dictatoriales acaecidos posteriormente en 1966-1973 y en 1976-1983 en Argentina, aunque el nazismo había sido derrotado con la caída del Tercer Reich, renacieron los métodos de represión, tortura, genocidio y persecución propios de la barbarie nazi que muchos sectores de las Fuerzas Armadas pusieron en práctica.

Buena parte de las relaciones mantenidas por gobiernos argentinos con el Tercer Reich y el amparo que ellos dieron a la llegada de nazis —conspicuos y no tanto, al territorio nacional— se encuentran documentadas en un archivo que mantiene en secreto tales relaciones. En tiempos muy recientes, a partir de la publicación de un libro del periodista Uki GOÑI (2002) con el título *La verdadera Odessa*, la solicitud de la Fundación Internacional "Raoul Wallenberg", los requerimientos del Centro "Simon Wiesenthal" y la denuncia reiterada del *New York Times*, ha quedado patente el velo que se pretende siga cubriendo aquellas relaciones. En ellas intervinieron, con manifiesto protagonismo, sobre todo entre 1937 y 1944, algunos diplomáticos como Luis H. Irigoyen. No obstante la creación de una Comisión de Esclarecimiento de las Actividades Nazis en Argentina (CEANA), en 1992, hasta el presente sigue entonces en la oscuridad el ver-

dadero papel cumplido por los gobiernos argentinos en la época de la dispersión de criminales de guerra, escapados a la caída del Tercer Reich. Aquel proceso de acercamiento y vecindad al nazismo en lo político, estuvo acompañado por una fuerte simpatía manifestada por sectores intelectuales los cuales, reunidos en agrupaciones, asociaciones, centros, etc., o de forma individual, hicieron sentir en la cultura nacional una gran presencia de la ideología nazi. La difusión de ésta en ámbitos literarios o la presencia en los universitarios ha sido una constante que atravesó un largo período de la más reciente historia argentina.

En el marco de las disciplinas jurídicas es innegable la influencia que ha tenido la cultura alemana. Sobre todo esto ha sido relevante en el terreno del Derecho penal, en particular en la segunda mitad del siglo XX, desde que con la obra de don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA comenzó a difundirse una dogmática jurídico-penal y una política criminal asentadas en los principios de la *Gesamtestafrechtswissenschaft* (Ciencia total de Derecho penal). La producción dogmática posterior a la segunda Guerra Mundial, por medio de tratadistas como Sebastián SOLER, Ricardo C. NÚÑEZ y Carlos FONTÁN BALESTRA, es la muestra de tal difusión, aunque puedan verificarse diferencias entre sus puntos de vista. En todos ellos se constata un conocimiento sumamente profundo de la tradición penal alemana, mas en ningún momento de sus análisis se encuentran menciones a las posiciones de los penalistas asumidas durante el nazismo, ni tampoco en el tiempo inmediatamente posterior. El empleo de la obra de Edmund MEZGER es abundante, tanto en sus originales en alemán como de las versiones de ella al castellano, en particular de su *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlagen* de 1934, traducida por José Arturo Rodríguez Muñoz con el título de *Criminología*, en Madrid, 1942. De parte de ella se hace un uso profuso, por ejemplo del *Strafrecht. Ein Studienbuch*, 1948, sobre todo de la Parte General de cuya sexta edición hubo una traducción de Conrado Finzi quien, como es sabido, fue un jurista italiano y judío, escapado hacia Argentina a causa de las leyes raciales fascistas. Por cierto que ninguno de los tratadistas argentinos mencionados hace referencia alguna a las simpatías, afinidades y colaboraciones de MEZGER con el nazismo, tal como quedan expuestas por MUÑOZ CONDE. Nadie puede sospechar de una supuesta cercanía con esa ideología por alguno de los penalistas referidos, aunque alguno de ellos, como SOLER, haya estado muy próxi-

mo a los órganos de represión de las Fuerzas Armadas, especialmente cuando éstas asumieron el mando político del país en los períodos de dictaduras. Es sorprendente que JIMÉNEZ DE ASÚA y NÚÑEZ, ambos connotados por sus enfrentamientos con el peronismo y conedores de las actividades pro-nazis del primer gobierno de Perón, por sus agudas percepciones y manifiestas posiciones democráticas no hayan sabido acerca del pasado y colaboración de MEZGER con el régimen nacional-socialista.

Pero lo acontecido en Argentina con los nazis, aunque no fue una situación aislada, sobre todo en Latinoamérica, estuvo producido por operaciones sucedidas fuera de los lugares de los hechos aberrantes de los que ellos fueron autores o responsables. Por muy grave que esto ha sido, y por las muchas tramas conspirativas o de apoyo que ello generó en diferentes períodos y grupos cívico-militares argentinos, no obstante es incomparable con el travestimiento u ocultamiento que en la misma Alemania se produjo no sólo con los hechos atribuidos a los nazis, sino también con los autores intelectuales de las gravísimas violaciones de derechos humanos llevados a cabo por el régimen.

Por lo tanto, es sorprendente que mientras en Alemania se haya iniciado desde tiempo una investigación acerca de los papeles y travestimientos cumplidos por figuras de la cultura y, para el caso que aquí ocupa, de la cultura jurídico-penal y criminológica, cuando quiera llevarse a cabo una investigación semejante en el ámbito hispanohablante, se alcen voces de rechazo y resistencia a aceptar el desvelamiento. El caso protagonizado por Francisco MUÑOZ CONDE es de verdad ejemplar de esa voluntad de ocultamiento o de desfiguración de los hechos, objetivos y constatados con un rigor sobresaliente, que pretende imponer un sector del penalismo español. Sería muy preocupante que los jóvenes penalistas latinoamericanos fuesen captados por semejante voluntad y dejaran así interrumpida la labor de reconstrucción de un pasado que es imprescindible recuperar, y cuya significación está en la individualización de los recorridos personales caracterizados por procesos de transformación. Ello así porque la construcción de una historia del conocimiento está atravesada, asimismo, por la (re)construcción de las identidades de quienes contribuyeron a crearla; por lo tanto, esas identidades no pueden ser ontológicas, sino que son históricas, por lo tanto, son inescindibles de los procesos de transformación. Estos procesos están fundados en largas continuidades —tal como lo fue la figura y las contribuciones de Edmund MEZGER—, pero también de profundas transformaciones. En este nivel es que debe ponerse el problema de la memoria.

## IV. Bibliografía

ADORNO, Theodor y HORKHEIMER, Max (1969), *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires.

ANITUA, Gabriel Ignacio (2001), "Comentario a la 1.ª ed. de Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, de Francisco Muñoz Conde", en *Nueva Doctrina Penal*, núm. 2000/B, Buenos Aires.

ARENDT, Hannah (1981), *Los orígenes del totalitarismo* (3 vols.), Madrid, trad. de Guillermo Solana de la edición de 1968 —la primera es de 1951—.

BACIGALUPO, Enrique (1973), *Tipo y error*, Buenos Aires.

BERGALLI, Roberto (1988a), *Memoria colectiva y Derechos Humanos*, Córdoba-Argentina.

BERGALLI, Roberto (1988b), "El olvido como ideología del discurso jurídico-penal", en *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, año 11, Buenos Aires.

BERGALLI, Roberto (1990), "Forma-Estado, formas del derecho y cuestiones de la democracia: un caso para el análisis" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VII (Nueva Época), Madrid; también en Oscar Correas (ed.), *Sociología Jurídica en América latina*, Oñati Proceedings 6, 1991.

BERGALLI, Roberto (2000), "Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, tomo 2000/B.

BIDUSSA, David (2001), *Mentalità totalitaria. Storia e antropologia*, Brescia.

BRACHER, K.-D. (1990), "Nazionalismo", en N. BOBBIO/N. MATTEUCCI/G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Torino.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1985), "El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (2000), *Selección de casos prácticos de Derecho penal, con introducción y consejos prácticos para su resolución*, Valencia.

COBO DEL ROSAL, Manuel (2001), "Comentario a la 2.ª ed. de Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo de Francisco Muñoz Conde", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 74, Madrid.

COBO DEL ROSAL, Manuel (2002), "Comentario a *Ausmerzung und Verrat, Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich* de Jan Telp", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78, Madrid.

COHEN, Stanley (1997), "Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado", en *Nueva Doctrina Penal*, tomo 1997/B, Buenos Aires, trad. de Mary Beloff y Christian Courtis del original de 1996.

FERRAJOLI, Luigi (1998), "La Corte Penale Internazionale. Una decisione storica per la quale abbiamo lavorato anche noi", en *Fondazione. Notizie da Via della Dogana Vecchia*, 5, núm. 3 del año 4, Roma. Hay traducción al castellano de Gabriel Anitua en *Nueva Doctrina Penal*, tomo 2002/B, Buenos Aires.

FLETCHER, George P. (1997a), *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford. Hay traducción al castellano: *Conceptos básicos de Derecho penal*, Valencia, 1997.

FLETCHER, George P. (1997b), *Las víctimas ante el Jurado*, Valencia, trad. de J. J. Medina Ariza, A. Muñoz Aurnión y F. Muñoz Conde del original de 1995.

FLORES, Marcello (1998), *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismo a confronto*, Milano.

FORTI, Marina (2001), *Il totalitarismo*, Roma-Bari.

FROMMEL, Monika (1989), "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1989, Madrid, trad. de Francisco Muñoz Conde del original de 1984.

FROMMEL, Monika (1993), "La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XVI, Santiago de Compostela, trad. de Francisco Muñoz Conde del original de 1990.

GARAPON, Antoine (1997), *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*, Barcelona, trad. de M. Escrivá de Romaní del original de 1996.

GENTILE, Emilio (1995), *La via italiana al totalitarismo*, Roma.

GRASS, Gunther (1999), *Escribir después de Auschwitz*, Barcelona.

GOÑI, Uki (2002), *La verdadera Odessa*, Buenos Aires.

HASSEMER, Winfried (1993), "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, trad. de Hernán Hormazábal del original del mismo año.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (2001), *Introducción a la Criminología*, Valencia.

KLEMPERER, Víctor (1975), *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Leipzig. Hay versión en castellano —trad. A. Kovacsics—, *LTI. La lengua del Tercer Reich*, Barcelona, 2002.

MALAMUD GOTI, Jaime (2003a), "Editorial ¿Por qué resulta tan difícil tolerar a un penalista?", en *Nueva Doctrina Penal*, tomo 2002/A, Buenos Aires.

MALAMUD GOTI, Jaime (2003b), "Emma Zunz. Sentimientos y castigo", en *Nueva Doctrina Penal*, tomo 2002/A, Buenos Aires.

MEZGER, Edmund (2000), *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, Valencia, trad. de Francisco Muñoz Conde del original de 1950.

MIR PUIG, Santiago (1995), "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el derecho penal español", en *Justificación y exculpación en derecho penal*, Madrid.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1989), *El error en Derecho Penal*, Valencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1994), "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, núm. 15-16, Alicante.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1995), "La esterilización de los deficientes mentales. Comentario a la STS de 14 de julio de 1994", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2000), *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia (1.ª ed.).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2001), *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia (2.ª ed.).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2001a), "Die andere Seite des Edmund Mezger: Seine Mitwirkung am Entwurf des 'Gemeinschaftsfremdengesetzes' (1940-1944)", en *Jahrbuch 3* (2000/2001).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2001b) "La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el proyecto de ley sobre 'gemeinschaftsfremde' (1940-1944)", en *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, nueva serie, Buenos Aires.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2002), *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia (3.ª ed.).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2003), "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944", en *Revista Penal* núm. 10, Huelva, Salamanca, Sevilla y Castilla-La Mancha.

NOVOA MONREAL, Eduardo (1982), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, Bogotá (2.ª ed.).

OCHOA ROMERO, Roberto Andrés (2002), "Breve nota en relación a la evolución del concepto normativo de la culpabilidad. Especial referencia al pensamiento de Reinhard Frank y Edmund Mezger", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78, Madrid.

POTASH, Robert A. (1969), *The Army and Politics in Argentina*, Stanford-California. Hay versión en castellano —trad. de A. Leal—, *El Ejército y la política en la Argentina (1928-1945). De Yrigoyen a Perón*, Buenos Aires, 1.ª ed. (1971), 13.ª ed. (1984).

QUINTANAR DÍEZ, Manuel (2002), "Comentario a *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)* de Gerit Thulfauf", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 76, Madrid.

RUSCONI, G. E. —a cura di— (1985), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino.

SERGE, Victor (1937), *Destine d'une revolution*, París.

TELP, Jan (1999), *Ausmerzung und Verrat, Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Frankfurt am Main.

THULFAUF, Gerit (2000), *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*, Baden-Baden.

VON HIRSCH, Andrew (1998), *Censurar y Castigar*, Madrid, trad. e introducción de Elena Larrauri del original de 1993.

ZIZEK, Slavoj (2002), *¿Quién dijo totalitarismo? Cinco intervenciones sobre el (mal) uso de una noción*, Valencia, trad. de Miguel Ángel Gimeno.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2000), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires.