

# Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación

La reapertura de los juicios contra los militares luego de que la CSJN declarara inconstitucional a las leyes de obediencia debida y punto final (en el fallo “Simón”) ha generado debates sobre la conveniencia de retomar el camino interrumpido por estas normas dictadas en 1987. Las opiniones en torno a esta posibilidad son variadas. Mientras que algunos de los críticos señalan las dificultades intrínsecas de los juicios penales para averiguar la verdad, otros afirman que los procesos penales y el derecho penal no sirven para reconstruir las bases de una comunidad democrática luego de las violaciones a derechos humanos y el horror atravesado. Sin embargo, estos argumentos, en contra de los juicios, no me parecen persuasivos. Creo que hay razones para defender y justificar los juicios penales y los eventuales castigos para quienes cometieron estos delitos. Mi propósito en este ensayo está dirigido a discutir alguna de esas críticas y defender, modestamente, algunos aspectos de los juicios penales y de un tipo de castigo retributivo.

En la primera parte de este trabajo me ocupo de criticar estas propuestas alternativas y ofrecer una justificación para la continuidad de los juicios penales en Argentina. Creo que, en nuestro contexto, los juicios penales tienen una importancia que no es valorada por estos comentaristas. Mi objetivo es, en primer lugar, destacar el valor de los juicios penales. En segundo lugar, intento argumentar que, de acuerdo a las circunstancias que nos tocaron vivir, no es posible pensar en una alternativa al castigo criminal. Desde la reapertura de los juicios de lesa humanidad, los juicios penales han sido criticados porque, según una opinión corriente, sólo pretenden satisfacer los deseos de venganza de las víctimas y sus familiares. Este cuestionamiento se basa en la idea de que estos procesos son puramente retributivos, *i.e.*, que sólo tienen como

finalidad imponer un mal contra todos aquellos que causaron males previamente. Esta afirmación se refuerza con la idea de que, si seguimos este criterio, los juicios penales contra los militares y sus partícipes no van a concluir en mucho tiempo. La extensión de estos procesos de inculpación y condena, dicen estos críticos, sólo contribuirá a la profundización de la brecha que divide, desde hace tiempo, a nuestra comunidad. Creo que esta caracterización de la finalidad de los juicios de lesa humanidad y, en particular, del retribucionismo es equivocada. En la segunda parte de este trabajo me encargo de cuestionar algunas de estas afirmaciones sobre el castigo retributivo e intento mostrar que esta tesis tiene más funciones que las de devolver un mal.

## 1. La reconstrucción de la comunidad ¿Por qué mirar a Sudáfrica?

El modo en el que decidimos reconstruir nuestra memoria comunitaria es dependiente de las circunstancias del lugar del que hablamos. Creo que cada lugar debe decidir cuál es la solución plausible para resolver su propio pasado. Las comunidades toman decisiones, a veces cuestionables, tendientes a lograr la reconstrucción de la memoria y conocer la verdad luego de atravesar un pasado turbulento. Estos largos procesos que se construyen, mayormente en períodos democráticos, conocen dos caminos concretos. Por un lado, están los juicios penales. Por el otro, la constitución de comisiones de la verdad. La decisión de implementar juicios penales fue tomada por Argentina con el retorno de la democracia.<sup>1</sup> Tuvo su inicio con la decisión de enjuiciar a los comandantes con el regreso de la democracia impulsada por la administración del Presidente Alfonsín. Luego de la resolución del caso “Simón” la continuación de los juicios vuelve a presentarse como la decisión correcta y obvia, después del indulto y las leyes de obediencia debida y punto final. Sin embargo, por diferentes razones,<sup>2</sup> muchos teóricos y expertos han comenzado a manifestar críticas a los juicios y simpatías por ciertas modalidades de las comisiones de la verdad, citando como ejemplo, aquello ocurrido en Sudáfrica.<sup>3</sup> Optar por este camino, dicen estos teóricos, nos permitiría, en una ponderación hipotética, favorecer un

---

<sup>1</sup> Existe una tercera posición que sostendría que bastaba con la realización de los primeros juicios. Sería, probablemente, la posición de quienes apoyaron las leyes de obediencia debida y juicio final. Esta posición sería consistente si no hubiera habido un indulto posterior. La decisión, no consensuada, del indulto, debería modificar el argumento. Gracias a Belén Gulli por obligarme a hacer esta aclaración.

<sup>2</sup> Un reparo sobre la plausibilidad de los juicios es que ha transcurrido un tiempo que excede el establecido por la ley penal para perseguir estos crímenes. Este cuestionamiento implica separar dramáticamente al derecho de la moral. Este argumento puede verse principalmente en PASTOR (2012).

<sup>3</sup> Cfr. entre otros GARGARELLA (2016); HILB (2013) y HILB, ZALAZAR y MARTÍN (2014).

grado mayor de verdad por sobre la justicia que obtenemos de los juicios y castigos penales. Mientras los juicios penales son ineficaces para conseguir la información, que nos permitiría acercarnos a la verdad de lo ocurrido durante la dictadura, las comisiones de la verdad se acercan bastante más a este ideal.<sup>4</sup> Según este argumento, la información que pudiera obtenerse mediante la participación de los perpetradores en las comisiones de la verdad sería importante para conducirnos a encontrar a los desaparecidos y entender las razones de las acciones militares. La escasa información obtenida durante los juicios penales y la aparente distancia que existe entre las condenas y la verdad, a la que aspiran estas críticas, debilitan la opción del castigo. Sin embargo, algunas decisiones de tribunales internacionales<sup>5</sup> han intentado desterrar la posibilidad de recurrir a comisiones de la verdad asegurando que es necesario evitar la impunidad de violaciones a derechos humanos como las ocurridas, por ejemplo, en Uruguay. Según estas sentencias, la impunidad sólo se evita mediante el juicio y el castigo de quienes fueron responsables de esas perpetraciones.<sup>6</sup>

Creo que la reconstrucción de la memoria de la comunidad puede alcanzarse de distintos modos. Sudáfrica ha sido una muestra de que esto puede ocurrir, satisfactoriamente, mediante la creación de comisiones de la verdad. Uruguay también es un buen ejemplo para considerar que los juicios penales no son la mejor solución para rever su pasado.<sup>7</sup> Sin embargo, pienso que las experiencias comparadas, *e.g.* las comisiones de la verdad, nos sirven sólo para pensar aquello que podría implementarse complementariamente en nuestro país, o en otras ocasiones. No creo que los juicios penales y los castigos sean la única opción para resolver cuestiones de pasados turbulentos. Entiendo que los juicios penales en Argentina no deberían

<sup>4</sup> HILB (2013: 93-94).

<sup>5</sup> Por ejemplo el caso "Gelman" decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Una gran cantidad de trabajos críticos sobre esta jurisprudencia internacional puede encontrarse en PASTOR (2013).

<sup>7</sup> Allí, la Ley N° 15.848, de *Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* ("Ley de Caducidad") que fue promulgada el 22 de diciembre de 1986 impedía que fueran llevados a juicio quienes habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar. El 2 de mayo de 1988, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) uruguaya se pronunció respecto de la Ley de Caducidad y sostuvo su constitucionalidad. Con posterioridad a esta ratificación judicial, la ley resultó puesta bajo escrutinio popular en dos oportunidades: la primera, a través de un referéndum, organizado por una Comisión Nacional Pro Referéndum creada en 1987. El escrutinio se realizó en abril de 1989 y con él se propuso derogar los primeros 4 artículos de la Ley de Caducidad. La ley, sin embargo, fue sostenida por el 56,65% de los votos. Años después y ya con el Frente Amplio en el poder, la ciudadanía llegó a juntar 340.000 firmas (más de las 260.000 necesarias) para hacer un plebiscito sobre la norma objetada. El plebiscito se terminó realizando el 25 de octubre del 2009 y en él se propuso anular y declarar inexistentes a los primeros 4 artículos de la Ley 15.848. Los votos a favor de la invalidación de la Ley llegaron aproximadamente al 48%, con lo cual mantuvo su vigencia.

ser reemplazados por otras alternativas. Nuevamente, creo que cada lugar debe poder decidir cuál es la alternativa más plausible, y adecuada, para sus propias circunstancias.<sup>8</sup> Me parece que los juicios son la opción elegida por Argentina y es necesario defenderlos y mejorarlos. Este es el argumento que voy a sostener durante el trabajo. Sin embargo, antes me ocupo de criticar las versiones que, enfáticamente, cuestionan los juicios penales y defienden opciones como las de Sudáfrica.

## 2. Los juicios y la pérdida de la verdad

Uno de los argumentos más sólidos sobre la conveniencia de continuar con los juicios penales está en el trabajo de Claudia HILB. Desde una visión retrospectiva, HILB afirma que haber optado por los juicios penales implicó sacrificar la posibilidad de acercarnos a la verdad.<sup>9</sup> Esta afirmación tiene muchas derivaciones posibles. Particularmente, el argumento que me interesa reconstruir es el siguiente: según dice HILB, el establecimiento de juicios penales es el antecedente más claro del silencio de los perpetradores. Es la amenaza del castigo, implícita en los juicios, lo que condicionó y obligó a los militares a guardar un silencio absoluto desde el regreso de la democracia. Además, la posibilidad de que los militares pudieran autoinculparse durante el proceso era un precio demasiado elevado que nadie quiso pagar. HILB intenta reforzar su argumento citando el caso de Adolfo Scilingo. Luego de las leyes de obediencia debida y punto final y del indulto decretado en 1990, Adolfo Scilingo, en una entrevista con el periodista Horacio Verbitsky, relató, de un modo detallado, su intervención en los llamados vuelos de la muerte, en la que desde aviones de la Armada, prisioneros con vida, fueron arrojados al mar. La imposibilidad de ser juzgado en Argentina, no impidió que el juez español Baltazar Garzón lo citara a declarar en España donde luego fue condenado a seiscientos cuarenta años de prisión por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

La condena de Scilingo en España, sirvió para disuadir a cualquiera que pudiera intentar un camino similar. Pese a que en nuestro país la condena fue celebrada, según HILB, esto impidió que otros involucrados pudieran continuar aportando

---

<sup>8</sup> Esto implica que definiendo decisiones como las de Uruguay, ver MALAMUD GOTI & BEADE (2016). Admito que estoy simplificando, quizá demasiado, procesos políticos muy complejos que, difícilmente pudiera explicar en detalle. Sin embargo, mi argumento pretende mostrar que, debido a lo dificultoso y complejo que resultan los procesos transicionales, no existe una única solución correcta para todos los casos.

<sup>9</sup> HILB (2013:94). Si bien, también reconoce que en Sudáfrica la opción por las comisiones por la verdad supuso la pérdida de cierto grado de justicia,

información y reconociendo su participación en distintas actividades criminales. Esta interpretación de HILB no me parece convincente. Creo que el silencio obedece a otras circunstancias que ella menciona en su trabajo. Pero vayamos por partes. Primero voy a analizar el argumento de la disuasión.

La relación que hace HILB entre la amenaza del castigo y el silencio de los perpetradores encierra un interrogante demasiado amplio que, en cierto modo, la debilita. Si entendí bien, la idea es que si no hubiéramos seguido el camino del juicio y el castigo hubiera habido más militares dispuestos, por diversas razones, a contar aquellas actividades en las que participaron. Habría habido más información y, quizá, hubiéramos podido acercarnos más a la verdad. Probablemente, habríamos conocido el destino de las personas desaparecidas o hubiéramos podido encontrar cuerpos enterrados sin una identificación en lugares todavía no descubiertos.<sup>10</sup> Sin embargo, la opción planteada por HILB, lejos de ser una hipótesis o un argumento contrafáctico es algo que, en los hechos, no ocurrió.

Poco tiempo después de la sanción de la leyes de obediencia debida y punto final y hasta la reapertura de los juicios penales, es decir entre 1987 y 2005 los perpetradores no eran perseguidos penalmente. Más aún, después de 1990, muchos de ellos tampoco estuvieron encarcelados. Sin embargo, durante todo ese tiempo no hubo confesiones ni información relevante que pudiera acercarnos a conocer la verdad de lo ocurrido. Es más, podría decir que sólo ocurrió lo contrario a lo que HILB imagina: una reivindicación de lo sucedido durante la dictadura y una falta de arrepentimiento que es importante para cuestionar la idea reconciliadora de las comisiones de la verdad. Muchos militares y policías tuvieron posibilidades de expresar sus opiniones libremente y, en esas oportunidades, sólo aprovecharon para defender sus conductas y enmarcar la dictadura como una “guerra contra la subversión”.<sup>11</sup> Estas circunstancias sólo arrojan aún más dudas sobre el planteo optimista de HILB. Si no hubo información cuando había una garantía legal de que no iba a haber enjuiciamiento, no hay razones para pensar que ahora, treinta años después, pudiera haber nuevos datos o probables arrepentimientos. Esto nos lleva a pensar que si es correcto que los juicios penales y las posibles condenas nos acercan (al menos) a la justicia, como lo sugiere HILB, tendríamos que preguntarnos si

---

<sup>10</sup> Este argumento es diferente al que plantea, en un trabajo reciente, Claudio Tamburrini. Según Tamburrini, la avanzada edad de los perpetradores y la nula información obtenida en los juicios sobre el destino de los desaparecidos nos obligaría a iniciar negociaciones con los militares enjuiciados. Con más detalles ver TAMBURRINI (2010).

<sup>11</sup> Es posible recordar las intervenciones de Massera y Etchecolatz en televisión defendiendo su participación en lo que llamaban “una guerra”. También los comentarios de Julio Simón en algunos programas sobre distintos asuntos del país.

tenemos razones para resignar esta ideal a cambio de la incertidumbre que se percibe en su planteo. Incluso, aún si compartimos el ideal de verdad que defiende HILB, su implausibilidad nos debería llevar a pensar en el ideal de justicia, al menos como un segundo mejor ¿Por qué descartar los juicios penales y el ideal de justicia tan rápido?

HILB le atribuye al castigo penal la responsabilidad por el silencio de los perpetradores. Quizá esto se deba a una interpretación del castigo retributivo demasiado cercano a la venganza. Así, este razonamiento sólo tiene en cuenta el mal que devolvemos a los perpetradores por el mal causado.<sup>12</sup> De esta tesis de la retribución no se desprende ningún beneficio para el resto de la comunidad. Creo que esta interpretación es limitada y me encargo más adelante de cuestionarla. Por otra parte, en el argumento de HILB está escondida la verdadera razón del silencio. Antes de referirse a la situación de Scilingo, HILB dice: “¿Quién, de entre los militares o sus cómplices, estaría dispuesto a pagar el precio no sólo del ostracismo entre sus pares, sino de su propia inculpación?”<sup>13</sup> Creo que la primera parte de la pregunta es la que responde, correctamente, al interrogante sobre el silencio de los perpetradores. Es el miedo al ostracismo, al cuestionamiento entre sus pares, lo que obliga a los militares a permanecer en silencio. Quizá, sólo es posible entender este tipo de comportamiento dentro del contexto de instituciones verticales y jerárquicas como las fuerzas armadas. Sin embargo, creo que es posible pensar en la importancia que tiene el honor en comunidades como las nuestras.<sup>14</sup> Cuando apreciamos el compromiso “contra la lucha subversiva” que tuvieron las fuerzas de seguridad durante la dictadura es posible entender un poco más las razones de su conducta: por un lado, nadie quiere ser deshonrado por sus camaradas. Nadie está dispuesto, en ningún contexto, a ser acusado de traidor.<sup>15</sup> Por otra parte, es probable que muchos de los miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en la dictadura, aún creen que hicieron lo correcto. Vuelvo sobre este último punto en la sección siguiente.

La incertidumbre que se vislumbra en los buenos deseos de HILB, y de muchos otros, debilitan severamente su argumento. La probabilidad de que acusados o condenados brinden información o revelen su participación parece remota. Tampoco es convincente la idea de que hubo un momento en el que estaban dispuestos a decir algo. Sin embargo, el planteo de HILB es bastante más complejo que lo que acabo de presentar. Me ocupo de otra parte importante de sus ideas en lo que sigue.

---

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, esta caracterización en BÖHMER (2014:122-123).

<sup>13</sup> HILB (2013: 98).

<sup>14</sup> Un argumento similar es desarrollado en MALAMUD GOTI (2008).

<sup>15</sup> Ver por ejemplo la discusión en torno al “traidor a la patria” que establece la Constitución Nacional. MALAMUD GOTI (2016); SANCINETTI (2004).

### 3. ¿La obturación del perdón? ¿Es posible la reconciliación sin arrepentimiento?

Otro argumento que emplea HILB para cuestionar la relevancia de los juicios penales, es que el castigo obtura la eventualidad del perdón, del arrepentimiento y de la reconciliación porque no excluye la posibilidad de asumir la responsabilidad. Según HILB, en los juicios penales, la intervención del acusado perjudica sus propios intereses. Cualquier relato o descripción de hechos que ofrezca el acusado sólo logran aumentar su culpabilidad y su posterior castigo. HILB tiene razón en destacar las limitadas posibilidades que tienen los juicios penales actuales para favorecer la intervención en el proceso de los acusados. El modo en que pensamos los juicios penales tiene la acotada finalidad de determinar si alguien es culpable o inocente. No entran en juego otras consideraciones al momento de enjuiciar a alguien penalmente. Tengo la impresión de que para pensar cuál debería ser la finalidad de los juicios penales hay que tener alguna mínima idea de las razones por las cuales vamos a castigar a alguien.<sup>16</sup> Creo que, dentro de un contexto democrático, castigar a otro tiene como una de sus finalidades reincorporar al ciudadano a la comunidad a la que pertenece. Debemos intentar recuperar lo más rápido posible a un individuo que cometió un error. Para eso, es necesario, *inter alia* que quien recibe el castigo efectúe un aporte para lograr reconciliarse con el resto de la comunidad *arrepintiéndose* de lo que hizo.

El juicio penal debería ser el momento indicado para que el acusado explique el hecho por el que se lo acusa, brinde razones que justifiquen su comportamiento y también información útil para aclarar lo que ocurrió. El juicio también debería ser el momento en el que, luego de reflexionar acerca de lo que hizo, el acusado se arrepienta de su conducta. No intento con esto sugerir que debemos construir obligaciones legales que exijan el arrepentimiento ni la confesión; tampoco creo que debemos obligar al acusado a colaborar con la investigación. En cambio, pienso que debemos establecer normas morales que construyan en nuestras comunidades democráticas la obligación de arrepentirse por las lesiones que causamos contra intereses de nuestros conciudadanos. La censura y el reproche de las conductas prohibidas son dos actos que se concretan cuando llamamos a alguien a rendir cuentas en un juicio. Cuando un acusado acude a rendir cuentas ante pares, tiene la oportunidad para reconocer sus errores y aclarar lo que desea aclarar. También es el momento en el que un acusado pueda enfrentar a testigos y víctimas del hecho que cometió. Esta circunstancia también le permitiría

---

<sup>16</sup> Esto, nos advierte Victor Tadros, es una de los problemas más antiguos y complejos de la filosofía del castigo. Ver TADROS (2011).

reflexionar sobre lo que hizo. De nuevo, creo que los juicios podrían tener esa misión.<sup>17</sup>

Pero volvamos por un momento al argumento de HILB. La pregunta que habría que responder se vincula con las obligaciones que tenemos en una comunidad para poder lograr la reconciliación luego del horror. HILB cree que los juicios penales son un obstáculo para la reconstrucción de la comunidad. Su argumento es que no es posible reconciliarnos con la amenaza del castigo de por medio. Tengo la intuición contraria: creo que sería difícil reconciliarnos si, al menos, no hubiera un reproche de por medio. Sería extraño pensar que alguien pudiera venir a mi casa, romper todo lo que encuentra a su alcance, y yo sólo atinara a decir “destrozaste mi casa, pero no te culpo por ello”. La inculpación es la base que constituye a nuestras comunidades.<sup>18</sup> Las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar hacen aún más complejo entender correctamente el argumento de HILB. Si bien, ella podría decir que hubo juicios y castigos en los juicios a los comandantes de 1985 y que estos nuevos juicios no son conducentes para los objetivos que tendríamos que tener ahora, *i.e.* averiguar la verdad, creo que hay razones para pensar lo contrario. Vuelvo sobre algo que mencioné en el apartado anterior. Si durante el período en el que los perpetradores no estuvieron amenazados por el castigo penal sólo intentaron reivindicar aquello que hicieron, y desconocieron los juicios y los testimonios de las víctimas, creo que tenemos una razón para pensar que abandonar estos juicios es muy similar a garantizarles un grado elevado de impunidad. Por otra parte, me interesa preguntarme: ¿qué razones tenemos para reconciliarnos con aquellos que creen que hicieron lo correcto?

La reconciliación requiere que quienes están enfrentados dejen de lado sus posiciones y logren un acercamiento. Esto no siempre es sencillo. De nuevo, creo que los crímenes de los que estamos hablando requieren de algo más que “poner la otra mejilla”. En un trabajo reciente, Martín BÖHMER afirma que la reconciliación es un intento de que los ciudadanos se encuentren en un espacio que existe entre la culpa y la vergüenza.<sup>19</sup> La culpa es de quien causó daños severos y la vergüenza es de las víctimas que sufrieron esos ataques. Según BÖHMER, para que esto pudiera funcionar, las víctimas deben estar convencidas de que las disculpas del perpetrador son sinceras y que la descripción de los hechos ilegales es verdadera. El perpetrador debe tener la certeza de que la víctima no busca vengarse y que, al menos, va a considerar su arrepentimiento como un acto sincero o cercano. La explicación de BÖHMER tiene el

---

<sup>17</sup> Desarrollo un poco más este argumento en el capítulo 3.

<sup>18</sup> Contrariamente a lo que defienden autores como Carlos S. Nino creo que la importancia del reproche en comunidades como las nuestras es central para pensar la justificación del castigo. Presento este argumento con más detalles en el capítulo siguiente.

<sup>19</sup> BÖHMER (2014:125).



siguiente problema: poder encontrar un lugar entre la culpa y la vergüenza no implica que no debamos reprochar esas conductas que causaron daños graves hacia miembros de nuestra comunidad. El castigo, no necesariamente, obstruye la reconciliación. Es la inculpación y, tal vez, el castigo lo que da lugar a que el agresor reflexione sobre aquello que hizo y pueda, entonces, arrepentirse. La comunidad debe estar abierta a percibir esas señales y hacer esfuerzos por la reconciliación. Pero la reconstrucción de la comunidad sólo será posible si aquellos que causaron males graves a otros se arrepienten de lo que hicieron. Esto no es lo que sucede en el caso argentino.

Si hubiera un deber moral de arrepentirse podría explicarse sólo entendiendo que alguien está a gusto dentro de su comunidad y quiere volver a ella. Así, me preocuparía seriamente si mis amigos toman a mal mi ausencia en un festejo. Mi interés en seguir perteneciendo a esa pequeña comunidad de amigos me llevaría a arrepentirme de aquello que considero como un error. Debo reconocer que me equivoqué y que tuve la posibilidad de hacer lo que debí hacer.<sup>20</sup> Quiero seguir siendo parte de ese grupo de amigos y por eso estoy dispuesto a reconocer mi equivocación y espero que los otros estén dispuestos a reincorporarme. Por su parte, en una comunidad política, sus miembros, deben escuchar todo aquello que el ciudadano acusado quiere expresar, así como también deben atender a su arrepentimiento. Luego de eso, debemos exigir que sea la propia comunidad la que recoja ese arrepentimiento y lo considere para reincorporar al ofensor como un conciudadano que, simplemente, cometió un error. La reconciliación requiere de la participación necesaria del resto de la comunidad. En mi interpretación, es necesario exigir a la propia comunidad que tome en consideración ese arrepentimiento. La comunidad debe responder a la obligación que tiene de volver a reconocer al ofensor como uno de sus miembros. Esta obligación comunitaria implica reconocer que sus miembros pueden cometer errores y causar daños que afectan a otros conciudadanos. En este sentido, la comunidad debe respetar el trato con igual consideración y respeto que le debe al ofensor para que, luego de cumplido el castigo, su reincorporación sea absoluta. No pretendo discutir en esta instancia si el arrepentimiento debería reducir o alterar el castigo que debe recibir el ofensor.<sup>21</sup> Mi punto se

<sup>20</sup> Pertenecer a una comunidad del modo en que lo planteo en el texto implica un cierto grado de empatía, *i.e.* debo poder creer que a mí puede sucederme lo que le ocurrió al otro. Es decir que debemos admitir la posibilidad de que actuemos equivocadamente. Si mi participación en la creación de ciertas reglas que rigen en la comunidad, no es que me conviene seguirlas, sino que son *mis* propias reglas y me identifico con ellas. Sobre la posibilidad de pensar mis propias reglas ver DUFF (2015).

<sup>21</sup> Mis intuiciones sobre el punto no son demasiado claras. Sin embargo, utilizar al arrepentimiento como un modo de lograr una reducción en el castigo contradiría el ideal moral que intento presentar y la importancia del vínculo entre el agresor y la comunidad que trato de mostrar en el texto. Le agradezco a Santiago Roldán por obligarme a aclarar esta cuestión.

vincula con el hecho de que luego de que una persona es condenada criminalmente, su reincorporación a la comunidad debe ser total y su situación debe retrotraerse al momento anterior al castigo. No hay deudas pendientes entre nosotros (comunidad y ofensor) que posibiliten algún tipo de trato diferente. En ese sentido, el arrepentimiento y la reconciliación deberían ser obligaciones morales de todos los miembros de una comunidad. En otras palabras, así como el ofensor debería arrepentirse, si esto ocurre, la comunidad debe reconciliarse con él. Sin embargo, y como ocurre en este caso, sin arrepentimiento de los perpetradores no hay reconciliación posible.<sup>22</sup>

#### 4. La importancia de estos nuevos juicios penales

Los juicios penales contra quienes intervinieron en la dictadura militar han tenido una gran repercusión en todo el mundo. El juicio a los comandantes, por ejemplo, ha sido de una importancia central para aquellas comunidades, en particular las latinoamericanas, que aún aspiran resolver su pasado turbulento. La pregunta que habría que responder es si estos nuevos juicios (*post-fallo Simón*) tienen una importancia similar. Creo que sí y que también tuvieron, tienen y van a tener efectos políticos muy importantes sobre los ciudadanos.<sup>23</sup> Carlos NINO destaca que la importancia de los juicios penales radica en la posibilidad de la participación ciudadana en ellos. Los ciudadanos pueden ir y participar de las audiencias escuchando, directamente, testimonios de víctimas, perpetradores y formarse, eventualmente, su propia opinión de aquello que allí sucede. No hay intermediarios que puedan modificar aquello que los ciudadanos pueden apreciar directamente. Este fue uno de los fundamentos que explicara NINO para justificar la importancia de las decisiones que tomaron en 1984.<sup>24</sup> Sin embargo, a diferencia de los juicios llevados a cabo hasta 1987, que sólo tuvieron lugar en Buenos Aires, los nuevos juicios se llevan adelante en todo el país. La participación de jueces, fiscales y defensores del lugar donde ocurrieron los hechos es importante para que, en cada lugar, se perciba que los hechos ocurridos durante la dictadura son delitos que también sufrieron quienes no fueron torturados, asesinados o desaparecidos. Fue la propia comunidad la que sufrió esos hechos. Ya no se trata de pensar en situaciones que ocurrieron sólo en Buenos Aires sino que son hechos que sucedieron en muchas partes del país. A

---

<sup>22</sup> Para más precisiones ver el capítulo 3.

<sup>23</sup> En este apartado intento responder a las preguntas que se hace BÖHMER (2014: 135) en su trabajo.

<sup>24</sup> Este argumento está NINO (1996).

diferencia de lo que ocurre en Buenos Aires, en las provincias y en las ciudades pequeñas, la convivencia entre perpetradores y ciudadanos inocentes es mucho más estrecha. Tomando en cuenta estas circunstancias, es probable, que los juicios tengan ciertas particularidades que no la tengan los juicios que suceden en Buenos Aires.

Por otra parte, creo que los nuevos juicios refirman los principios de justicia que impusieron los juicios a los comandantes y que pulverizó el indulto.<sup>25</sup> La condena que recibieron los comandantes sirvió para reconocer que hubo una cantidad de delitos cometidos durante la dictadura que deben ser castigados en un estado democrático. Entre otras cosas, ese juicio sirvió para establecer que entre 1976 y 1983 no hubo una guerra sino que hubo un grupo de personas que violaron la Constitución, tomaron el poder ilegítimamente y cometieron una gran cantidad de delitos. El indulto, que fue decidido sólo por el Presidente Menem, intentó lograr la reconciliación nacional sin que las condenas hubieran concluido. Este mensaje reconciliador implica, de algún modo, cuestionar el mensaje que surgió de los juicios.

Existen otras circunstancias importantes de los nuevos juicios penales. Por un lado, ha sido posible acusar y castigar a militares y miembros de las fuerzas de seguridad que habían quedado excluidos de los juicios anteriores debido a la ley de obediencia debida. Así, generales y comisarios han sido enjuiciados y castigados por los crímenes que cometieron directamente u ordenaron llevar a cabo. Las acusaciones contra estos agentes son importantes porque son impulsadas, individualmente, por las familias de los desaparecidos. Así, cada familia recibe, al momento de tratar su caso la atención del tribunal. Esta circunstancia es importante porque, en términos simbólicos, las víctimas y sus familiares pretenden que su caso particular sea atendido en un juicio penal. Si, además, en el juicio, quien torturó y asesinó a su familiar es condenado, la víctima tiene la certeza de que alguien se encargó de su asunto y la trató con igual consideración y respeto. Los acusados también han tenido la posibilidad de confrontar los testimonios de las víctimas y de los testigos de las acusaciones que deben enfrentar por vejaciones, torturas y otros delitos más graves.

Estos juicios han permitido, también, el descubrimiento de la comisión de nuevos delitos y de la intervención de nuevos agentes. Algunos de estos agentes, incluso, no pertenecen a ninguna fuerza de seguridad. Estas dos circunstancias pueden ser problemáticas. Es posible que nuevos juicios o nuevas acusaciones amplíen significativamente los sujetos inculcados o investigados penalmente. Esto, sin duda, tiene

---

<sup>25</sup> Dejo de lado aquí las leyes de obediencia debida y punto final porque creo que respondieron, en algún modo al plan original ideado por Nino y Malamud Goti: limitar la responsabilidad sólo a los altos mandos de las fuerzas armadas. En este sentido, ver MALAMUD GOTI y ENTELMAN (1987).

grandes problemas que no puedo enfrentar aquí. Sin embargo, por el momento, esto es sólo una posibilidad. No hay una cantidad importante de civiles involucrados en los juicios en curso. Por otra parte, aún si hubiera una cantidad incalculable de civiles esa no es, *a priori*, una razón para no avanzar con nuevas investigaciones. Si ese hubiera sido el criterio en 1983 no hubiera habido ningún juicio penal. Lo que si creo que es que hay que determinar concretamente quien participó en la comisión de un delito y quien no. Empero, esto no deja de ser algo complejo.

La venganza no ha sido el motivo que origina estos nuevos juicios. Creo que, como señalé anteriormente, la interrupción del cumplimiento de las condenas a través del indulto y las conductas de los condenados al ser liberados contribuyeron con la necesidad de refirmar que aquellos eran delitos que no podemos olvidar. Vengarse hubiera implicado tomar medidas de otra índole. Es cierto que el castigo conlleva sentimientos de venganza que no podemos explicar.<sup>26</sup> Sin embargo, defender un tipo de castigo retributivo, no necesariamente implica basarse con exclusividad en estos sentimientos. Creo que es posible pensar el castigo retributivo en otros términos. Me encargo de presentar esta tesis en lo que sigue.

## 5. Castigo y retribución

Existen muchas razones para pensar que la imposición de un castigo penal a otro, sólo es un acto de venganza en el que el Estado interviene para garantizar cierto grado de proporcionalidad, *i.e.* asegurar que no ocurran castigos desmedidos. En su forma más cruda, la máxima “ojo por ojo diente por diente” expresa nuestra intuición de que quienes sufren un daño causado por otro tienen el derecho de reconducir el sufrimiento que padecen adonde éste se originó.<sup>27</sup> La teoría del castigo que mejor representa ese ideal es el retribucionismo. Según los manuales y los textos con los que estudiamos la retribución, en su versión más conocida (la versión kantiana), implica la devolución de un mal a ese mal causado previamente.<sup>28</sup> Esta modalidad faculta al Estado a castigar al delincuente y le impone el deber de hacerlo de acuerdo con (y en la medida de) su culpabilidad. Esta versión kantiana se basa en el principio de igualdad entre las personas que obliga al Estado a tratarlos según se lo merecen

---

<sup>26</sup> MACKIE (1982).

<sup>27</sup> MALAMUD GOTI (2000: 496).

<sup>28</sup> Así, e.g. en KINDHÄUSER (2011:2/9).

siguiendo el principio “a cada cual su culpabilidad”.<sup>29</sup> Este principio implica, además, que todos los culpables deben ser castigados. Esta afirmación supone que no es posible elegir quienes deben ser castigados y quiénes no. En esta versión kantiana del retribucionismo las víctimas no pueden tener ningún derecho a exigir que se castigue a sus perpetradores. En verdad, las víctimas no tienen ningún interés legítimo que el Estado estuviera obligado a seguir. El interés de las víctimas podría estar presente en un tipo de retribucionismo que podría llamar “de las víctimas”. En este tipo de retribución, las víctimas tienen un interés legítimo en que sus agresores sean castigados y el Estado tiene la obligación de satisfacer esa demanda y castigar a todos los culpables. La comisión del delito ha colocado al criminal en una situación de superioridad respecto de sus víctimas y, por esta razón, los jueces deben asegurarle a las últimas la realización de su derecho al castigo del transgresor.<sup>30</sup>

Estas dos versiones del castigo retributivo, que acabo de presentar en forma ajustada, muestran que, al menos, existe un malentendido en gran parte de los comentaristas y teóricos del derecho penal que creen que cuando hablamos de retribución nos referimos a un concepto unívoco.<sup>31</sup> La retribución no es realmente el nombre de una teoría del castigo particular. En cambio es el nombre de una tradición o un grupo de teorías que comparten algunas similitudes.<sup>32</sup> Es difícil poder identificar cuáles son esas características que identifican a estas teorías. Algunos filósofos del derecho penal presentan al merecimiento como un elemento central para construir una teoría retributiva.<sup>33</sup> Filósofos y teóricos se ven atraídos por la idea del merecimiento. A menudo la importancia de merecer algo, a mi juicio, es sobrevalorada por estos pensadores. Esto los conduce a adoptar posiciones extremas. Por un lado están quienes creen que el merecimiento es la base de la inculpación y el reconocimiento;<sup>34</sup> por el otro,

<sup>29</sup> MALAMUD GOTI (2000: 494-6).

<sup>30</sup> MALAMUD GOTI (2000: 496). Por otra parte, Marcelo Sancinetti, critica el argumento de Malamud Goti y piensa que la visión kantiana puede ser compatible con el derecho de la víctima de coadyuvar en lograr la punición del ofensor. Afirma que la pena estatal es un acto público y señala que “se trata de la reafirmación de la norma como modelo de orientación del contacto social y, por ello, el eventual deseo de la víctima de poner la otra mejilla no puede cancelar el derecho de todos a que hechos de esa naturaleza sean retribuidos. Agrega que la norma quebrantada por el delito está fijada de modo general y la reacción contra su quebrantamiento, también; por lo tanto, los modos diferentes en los que pudiera reaccionar la víctima son indiferentes, ver SANCINETTI (2004: 814).

<sup>31</sup> Malamud Goti identifica esta confusión en los fundamentos del fallo “Simón” de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad de las leyes conocidas como Obediencia Debida y Punto final, en MALAMUD GOTI (2000: 494-9).

<sup>32</sup> Esta idea está en HUSAK (2013).

<sup>33</sup> HUSAK (2013: 4).

<sup>34</sup> Así, por ejemplo ALEXANDER & FERZAN (2009) y MOORE (1997). Críticamente HUSAK (2016).

se encuentran quienes creen que el merecimiento es irrelevante.<sup>35</sup> Pero volvamos a la primera versión del retribucionismo kantiano. Es allí, donde creo que se generan las malinterpretaciones sobre la justificación del castigo retributivo. Llamaré a esa forma de entender al retribucionismo, retribución tradicional.

## 6. ¿Existe una única retribución?

La idea de que existe sólo un tipo de retribución es un malentendido que lleva varios años. Sin embargo, existen aún muchas razones para pensar que la imposición de un castigo penal a otro sólo es un acto de venganza en el que el Estado, únicamente, interviene para garantizar cierto grado de proporcionalidad. Así, la idea de la retribución tradicional implica la devolución de un mal a ese mal causado previamente. Esta modalidad faculta al Estado a castigar al ofensor y le impone el deber de hacerlo de acuerdo con (y en la medida de) su culpabilidad. Entonces ¿por qué habría que castigar a alguien? Un posible defensor del retribucionismo tradicional diría que, simplemente, el ofensor merece recibir un castigo por lo que hizo. Para sostener esta vaga noción de merecimiento, es necesario que alguien realice determinados comportamientos para merecer un premio, un ascenso, un reconocimiento o, como en los casos en los que pienso aquí, un castigo. También se exige dar *razones* para justificar el merecimiento de algo. Esto es llamado la *base* del merecimiento.<sup>36</sup> Así, no sería plausible señalar que alguien merece una felicitación o merece respeto sin poder dar razones para apoyar esta afirmación. Las razones que ofrecemos tienen que ver con algo que el propio individuo realizó. De esta forma, cometer un delito permite pensar que un ofensor merece recibir un castigo por ello. Esta afirmación también requeriría de alguna explicación adicional, *e.g.* qué tipo de castigo merece recibir de acuerdo a la ofensa cometida, etc. La idea de merecer un reproche o un halago por algo que hacemos parece, a simple vista, sencilla de entender, pero puede ser algo más compleja si intentamos desentrañar algunos de los criterios que, habitualmente, utilizamos para determinar quién merece y quién no. No puedo extenderme demasiado sobre estas críticas aquí, sin embargo, creo que la noción de merecimiento a la que apelan algunos de estos teóricos es algo escurridiza y creo que es sobrevaluada por ellos.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> TADROS (2011).

<sup>36</sup> FEINBERG (1970:58). Una explicación adicional puede verse en: KLEINIG (2011:50-51).

<sup>37</sup> Intento señalar algunos de los problemas del merecimiento en BEADE (2016). Algunas críticas en otra dirección pueden verse en TADROS (forthcoming). Una crítica más general en TADROS (2011).

En esta versión tradicional, la venganza aparece como la primera opción disponible cuando pensamos el castigo en términos retributivos. También es posible pensar que la retribución ha tomado otras formas que lo alejan de ese ideal tradicional. Pero antes de concentrarme en la errada univocidad de la retribución, me interesa decir algo sobre la simplificación más corriente en la que incurrían muchos filósofos y teóricos morales. Me refiero a la afirmación de que la retribución equivale a la venganza. Uno de sus defensores más conocidos ha sido Carlos NINO. Veamos cuál es el planteo general de NINO.

Según NINO existe una relación entre distintos tipos de Estado con una particular teoría del castigo y sólo una teoría preventiva del castigo representa los ideales del liberalismo político. Por otra parte, la retribución, en cualquier circunstancia, supone un tipo de perfeccionismo que es inconsistente con una filosofía política liberal o kantiana.<sup>38</sup> El retribucionismo respeta la autonomía individual y la inviolabilidad de las personas.<sup>39</sup> Sin embargo, argumenta que si queremos una teoría retributiva del castigo, que sirva para evaluar e interpretar el sistema legal, la idea de la “retribución adecuada” debe ser considerada como “retribución justa” y la relación vinculante que establece la retribución entre crimen y castigo debe ser determinada por la moralidad y no por el derecho. Sostiene que hay una dificultad básica para interpretar este retribucionismo tradicional y es que, a su juicio, descansa en el valor intrínseco de castigar ciertas clases de actos. De este modo, no es muy claro si lo que es valioso es la sanción de actos moralmente malos o la de actos prohibidos por la ley positiva independientemente de su estatus moral.

La mejor interpretación del retribucionismo implica, según NINO, que la adecuación del castigo podría no estar totalmente determinada por el sistema legal. Si siguiéramos el camino contrario, *i.e.* que el castigo es adecuado sólo si es establecido por el sistema legal, estaríamos ante una teoría del castigo vinculada al positivismo ideológico en la cual cualquier determinación legal, aún carente de sustancia, sería vinculante. Es por ello que, según afirma NINO, si siguiéramos estos presupuestos positivistas, advertiríamos que el retribucionismo no puede ser una teoría útil para evaluar o interpretar el sistema legal, *e.g.* para elegir entre aquellos actos que son ilegales y en este sentido, criminalizables. En su caracterización, NINO dice que la retribución, también presupone que, a veces, es apropiado compensar un mal con otro mal. Sin embargo, no parece estar convencido acerca de la bondad de asumir un ideal retributivo. En este sentido, afirma que al agregar al mal de un crimen el mal del castigo sin tener en cuenta otros factores, su aritmética moral lo lleva

---

<sup>38</sup> Entre otros ver, NINO (1992).

<sup>39</sup> Presento con algo más de detalle la tesis de Nino en el capítulo siguiente.

consistentemente a considerar que tenemos “dos males” y no “un bien”. De todos modos, es notable que su objeción concreta contra el retribucionismo sea el parecido que la idea de la retribución tiene con la venganza. NINO afirma que no es posible diferenciar concretamente la retribución de la venganza y si estamos de acuerdo en que la venganza es algo malo, deberíamos tener dificultades para justificar el castigo retributivo. En general, sostiene que las diferencias entre venganza y retribución son contingentes y parecen estar conectadas con consideraciones utilitaristas.

Me parece que la equiparación entra la venganza y el castigo se desdibuja bastante si pensamos la retribución en términos no tradicionales. Sin embargo, es posible explicar esta relación también desde el punto de vista crítico que adopta NINO. La variante que se me ocurre, contra algunos de los presupuestos de NINO, es apelar a la noción de inculpación. Me explico.

Creo que recibir una agresión o más precisamente, ser víctima de un delito, genera en nosotros ciertas emociones reactivas, tales como el resentimiento y la indignación.<sup>40</sup> Estas emociones reactivas –descriptas por Peter STRAWSON en su famoso trabajo *Freedom and Resentment*– explican, de algún modo, la existencia de la inculpación a otros.<sup>41</sup> Es decir, si somos sujetos de una agresión, nuestra respuesta inmediata esta empujada por estas actitudes reactivas que no son otra cosa que la expresión de nuestras emociones. Estas respuesta se manifiesta mediante la inculpación. Así, en gran medida, culpar a otros por sus malas conductas, así como también reconocer y premiar a quienes llevan a cabo conductas elogiables y destacadas caracterizan la manera en que se organizan las comunidades que vivimos. Creo, que a pesar de esta explicación, es posible entender que el castigo conlleva sentimientos de venganza que no podemos explicar con claridad.<sup>42</sup> Negar este tipo de reacciones, me parece un poco ingenuo y difícil de defender. A veces, no es posible controlar ciertas emociones y sentimientos. Si la venganza puede ser reconocido como un sentimiento, es posible que pueda ser asociado a las emociones reactivas de las que habla STRAWSON, en particular podría estar incluida dentro de lo que entendemos como resentimiento. Todo el tiempo sufrimos situaciones en las que queremos hacerle padecer a quien nos causó un daño, el mismo sufrimiento que soportamos. De estas emociones reactivas no se sigue que la única emoción que podamos tener

---

<sup>40</sup> Un análisis sobre algunas de estas emociones reactivas en WALLACE (2014).

<sup>41</sup> STRAWSON (2008).

<sup>42</sup> MACKIE (1982). Sin embargo creo que la venganza no ha sido el motivo que originó estos nuevos juicios. Como señalé anteriormente, la interrupción del cumplimiento de las condenas a través del indulto y las conductas de los condenados al ser liberados contribuyeron con la necesidad de refirmar que aquellos eran delitos que no podemos olvidar. Vengarse hubiera implicado tomar medidas de otra índole.



cuando somos víctimas de una agresión sea el resentimiento ni la indignación, ni que tampoco sobre ella debamos construir un modelo normativo para responder a una agresión. Tal como lo explica STRAWSON, las emociones reactivas son muchas y difíciles de identificar. En general, intentamos negar la influencia de las emociones sobre nuestras razones porque quizá tememos a la posibilidad de perder el control sobre lo que hacemos.<sup>43</sup> Sin embargo, defender un tipo de castigo retributivo, no necesariamente implica basarse con exclusividad en estos sentimientos. Creo que es posible pensar el castigo retributivo en otros términos.

Pese a que me concentré casi exclusivamente en NINO, esta errada caracterización de la retribución, es algo habitual entre filósofos y teóricos penales. Recientemente Víctor TADROS presentó una crítica a la idea de la retribución, basándose en estos ideales retributivos tradicionales.<sup>44</sup> TADROS identifica la retribución mediante dos afirmaciones: 1) es valioso intrínsecamente que los ofensores sufran en proporción a la gravedad de su ofensa porque eso es lo que merecen; 2) Está permitido al Estado asegurar que los ofensores tengan lo que se merecen mediante el castigo penal.<sup>45</sup> Esta forma de entender la retribución fue denominada por Douglas HUSAK como retribución *in extremis*. HUSAK dedica un ensayo a cuestionar el modo en el que TADROS caracteriza a la retribución identificando un tipo de retribución con elementos que se corresponden con versiones antiguas.<sup>46</sup> Creo que HUSAK está en lo cierto. Las ideas retributivas han variado a lo largo de los años y es probable que definirse como un retribucionista requiera de una serie de explicaciones adicionales. Como señale hace un momento, me parece que criticar el castigo retributivo es más difícil si analizamos a los teóricos penales que, en la actualidad, toman en cuenta las consecuencias de castigar a otro y se diferencian del retribucionismo tradicional o retribucionismo puro. Me encargo de presentar una alternativa en la sección siguiente.

## 7. Las formas de la inculpación

Primero creo que es necesario efectuar una aclaración previa. Creo que para definir los contornos de la responsabilidad penal debemos tomar como punto de

---

<sup>43</sup> De hecho, existen filósofos como R. Jay Wallace que entienden que incluso determinados vínculos como la amistad están constituidos, en parte, por patrones de interdependencia emocional y vulnerabilidad. Con más detalles en WALLACE (2011). Intenté defender un argumento similar en BEADE (2015).

<sup>44</sup> TADROS (2011: 25).

<sup>45</sup> TADROS (2011: 26).

<sup>46</sup> HUSAK (2013).

partida la noción de inculpación. Como expliqué hace un momento, la inculpación surge como una consecuencia de las emociones reactivas en el sentido *strawsonianiano*, que presenté en la sección anterior. En las comunidades en las que vivimos, la inculpación es una expresión de desaprobación de la comunidad. Esta función expresiva de la inculpación actúa en términos simbólicos intentando capturar o hacer justicia considerando la conducta del ofensor -quien debe responder como un miembro de la comunidad- que violó los términos básicos de la relación<sup>47</sup>. Esta violación implica que nosotros, los miembros de la comunidad, debemos suspender parcialmente actitudes de buena voluntad, respeto y consideración que normalmente serían debidas a una persona con quien tenemos tal relación. Esta suspensión debemos hacerla en una forma proporcionada a la seriedad del mal causado.

Debemos reconocer también que inculpar o reprochar es un modo de tratar al ofensor como un agente moral. Esta es la manera en la que debemos tratarlo porque el ofensor es un miembro competente de nuestra comunidad moral. Esta idea de comunidad se define por entender qué es lo que le debemos al otro, teniendo en cuenta para ello, la relación en la que estamos vinculados. Básicamente, nos debemos un trato con igual consideración y respeto. Sin embargo, el ofensor violó los términos básicos de ese entendimiento y por eso se lo recordamos a través de la inculpación.<sup>48</sup>

Es importante poder comprender los alcances de la inculpación y también sus objetivos vinculados particularmente con la imposición de un castigo. Para entender mejor esta cuestión es útil realizar dos distinciones: en primer lugar, la inculpación puede ser *amplia* o *estrecha*. Será *amplia* si apunta a instituciones como la fuerza policial o un gobierno completo, grupos políticos y religiosos, o incluso países. De esta manera, usualmente inculpamos a los conquistadores españoles por la subyugación inhumana de los pueblos nativos de América Central y del Sur. La autoinculpación ha sido un instrumento frecuente para efectuar una *inculpación amplia* a través de declaraciones públicas emanadas de figuras representativas de una variedad de instituciones y organizaciones.<sup>49</sup> Oficiales militares del más alto rango suelen pedir disculpas por las aberraciones perpetradas por personal perteneciente a la institución que comandan.<sup>50</sup> La *inculpación estrecha*, en cambio, implica que la

---

<sup>47</sup> BENNETT (2013: 78).

<sup>48</sup> BENNETT (2013:76-77).

<sup>49</sup> Esta distinción en MALAMUD GOTI & BEADE (2016).

<sup>50</sup> Una inculpación amplia constituyó el objetivo original en la Argentina de la Comisión Nacional por la Desaparición de Personas (CONADEP), cuyo mandato formal estuvo restringido a la averiguación del destino de las personas desaparecidas. En realidad, el decreto del Poder Ejecutivo que creó la CONADEP especificó que determinar la responsabilidad estaba más allá de los deberes de la Comisión.

responsabilidad por las violaciones es asignada a individuos y grupos pequeños, en especial aquellos cuyos miembros son identificables de modo directo. La idea central de esta clase de inculpación consiste en la presentación de acusaciones penales por parte de los fiscales ante los tribunales correspondientes y, por supuesto, las consiguientes condenas y castigos que surjan de esos hechos. De la misma manera, algunas comisiones de la verdad, como por ejemplo la conformada en Sudáfrica, tienen la tarea de identificar a aquellos individuos que infringieron severamente los derechos y la dignidad de otras personas.

En segundo lugar, la inculpación también puede estar dirigida a conseguir una condena criminal o simplemente para traer a la luz una explicación sobre algún hecho que alguien tuvo que padecer y soportar. La primera es la *culpa retributiva* mientras que la segunda es la *culpa restaurativa*. El propósito de la culpa retributiva puede ser brindar un entendimiento acabado del pasado a los fines de explicitar que lo sufrido por las víctimas no fue por su culpa -que ellas nos importan y que las políticas del castigo están dirigidas a- mostrar que merecen el trato respetuoso de sus derechos que los perpetradores les negaron. Por su parte, la culpa restaurativa puede estar orientada a objetivos más distantes y ambiciosos, como establecer un sistema democrático o reconstruir una comunidad luego de que se dividiera y polarizara, a través del fomento y promoción de la reconciliación. Aunque tanto la culpa retributiva como la restaurativa constituyen la fuerza impulsora detrás de los esfuerzos para explicar la causa de las violaciones, la primera está mayormente dirigida a establecer la culpabilidad del perpetrador. En efecto, la *culpa retributiva* busca mostrar que la intencionalidad y los motivos que resultaron en la provocación de daños por parte del perpetrador y lo hacen moral y legalmente responsable por el sufrimiento que causaron. La *culpa restaurativa*, en cambio, persigue revelarle a la comunidad en su conjunto y, en especial a las víctimas, que fueron objeto de la mala acción de otros y que nosotros, como miembros de la comunidad, queremos reconocer y en alguna medida reparar algunos de los daños y perjuicios que han sufrido.<sup>51</sup> En particular, creo que estas dos dimensiones de la culpa no son excluyentes y pueden ser importantes en distintos momentos cuando pensamos en los modos en los que debemos castigar a otros. Primero, sin embargo, me interesaría decir algo más sobre la culpa retributiva y su vínculo con la imposición de un castigo.

Hasta aquí ofrecí razones para justificar y explicar los modos en los que inculpamos a otros. Sin embargo, estas consideraciones son insuficientes para legitimar la imposición de un castigo. Es necesario dar un paso más, dado que luego de justificar

---

<sup>51</sup> Con más detalle ver, MALAMUD GOTI (1996: 139-145).

la inculpación es preciso explicar por qué debemos legitimar el uso de la coerción del Estado que está detrás de la imposición de un castigo. Las emociones reactivas, como el resentimiento y la ira, que surgen cuando alguien es afectado físicamente o sufre una agresión por ejemplo, deben ser consideradas con un poco más de precisión si se trata de imponer un castigo.<sup>52</sup> Así es necesario presentar una justificación del castigo que sea compatible con los modos en los que entiendo la inculpación.<sup>53</sup>

## 8. El castigo comunicativo

Pensar el castigo en términos retributivos quizá no quiera decir lo mismo que hace algún tiempo atrás. En general la idea de retribución pura, esto es, responder con la imposición de un mal a la concreción de un mal previo como una manera de generar un bien -en el ideal kantiano tradicional- no es representada por lo que se ha denominado el renacimiento del retribucionismo.<sup>54</sup> Filósofos del castigo y teóricos penales optan por versiones alteradas de aquél ideal retributivo, también en la actualidad. Existen posiciones que sostienen, a partir de la retribución, la necesidad de que se aplique el castigo con la finalidad de equilibrar la diferencia que el delito producido construye entre la víctima y el ofensor, evitando que esa diferencia perjudique el desarrollo de la propia comunidad.<sup>55</sup> También dentro del ideal retributivo hay filósofos y penalistas que sostienen que se debe castigar a cualquiera que sea moralmente culpable y que haya causado una acción moralmente reprochable.<sup>56</sup> Como señalé al principio, castigar a alguien bajo el rótulo de retribucionismo requiere de una explicación adicional.

Entiendo que castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio, prohibido. Esta expresión de la comunidad tiene como finalidad censurar y reprochar el acto cuestionado. De este modo, castigamos para señalar que había un acuerdo en el que habíamos establecido que *eso* no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo comunitario en el que todos participamos y por eso, esa regla no debía ser violada. Pero volvamos un poco hacia atrás, quisiera enfocarme en las emociones reactivas que involucran al castigo. Castigar es un modo de expresar sentimientos de resentimiento, indignación, además de ser un juicio de

---

<sup>52</sup> STRAWSON (2008: 7).

<sup>53</sup> Un modo de vincular inculpación y castigo en, MALAMUD GOTI (2008: 211).

<sup>54</sup> VEASE Duff & GARLAND (1994).

<sup>55</sup> FLETCHER (1999).

<sup>56</sup> MOORE (1997). Contra esta tesis ver TADROS (2016).

reprobación y desaprobación de una conducta.<sup>57</sup> La expresión de la desaprobación y la censura que implica castigar a alguien tiene como finalidad que la comunidad le comunique al ofensor que ese acto está prohibido como una forma de recordarle el mal que infringió a otros y también recordarle a sí mismo qué es lo que es incorrecto.<sup>58</sup> Este componente comunicativo es una característica definitiva del castigo y, en parte, lo distingue de meros actos de venganza en donde la finalidad de causar un mal como respuesta a otro es todo lo que uno desea.<sup>59</sup> Además, el castigo tiene un significado simbólico que lo diferencia ampliamente de otro tipo de penalidades.<sup>60</sup> Como algunos autores han señalado, es difícil establecer concretamente que es lo que un castigo expresa. En comunidades democráticas podría afirmarse que la comunidad expresa una fuerte desaprobación por un acto llevado a cabo por uno de sus miembros. En verdad podría establecer que el castigo es el juicio (como algo diferente a una reacción emotiva) de la comunidad señalando que lo que hizo el agresor es incorrecto.<sup>61</sup>

Castigar tiene, como puede apreciarse, al menos dos finalidades: en primer lugar una dirigida hacia al ofensor que requiere aceptar su error además de llevarlo a reflexionar con el objetivo de lograr su arrepentimiento y la reparación del daño, de ser eso posible.<sup>62</sup> Por el otro lado, la segunda finalidad que tengo en mente se relaciona con la víctima y la comunidad. Es importante centrarnos en los miembros de la comunidad quienes toman en cuenta que el hecho prohibido es censurado y castigado. Sin duda que esto difiere bastante del tradicional “ojo por ojo diente por diente” y de la distinción entre culpa retributiva y culpa restaurativa que mencionara hace un momento. Esta tesis que defiende se enlaza en las llamadas teorías comunicativas que ven en la imposición de un castigo un proceso reformativo y que aspira a través de la censura y la inculpación la reconciliación del ofensor con la comunidad.<sup>63</sup>

Esta forma de castigar tiene, como señalara antes, una forma compuesta de entender la idea de la inculpación. La imposición de un castigo obedece a la finalidad de expresar la reprobación de la comunidad al agresor, pero también de concentrarse en el resto de los ciudadanos, de su relación con el ofensor y del vínculo con las reglas morales y legales. Entiendo que la expresión de la reprobación tiene un componente comunicativo relevante que no sólo se enfoca en el ofensor sino también

<sup>57</sup> FEINBERG (1970: 98).

<sup>58</sup> MORRIS (1981: 268).

<sup>59</sup> MORRIS (1981:264).

<sup>60</sup> FEINBERG (1970: 98).

<sup>61</sup> FEINBERG (1970: 98).

<sup>62</sup> Puede verse esta idea con algo más de detalle en el capítulo 3.

<sup>63</sup> Ver MORRIS (1981) y también DUFF (2001).

vincula al resto de la comunidad. Según entiendo, la expresión de la reprobación, no sólo le comunica al agresor de una forma clara que lo que hizo era incorrecto, sino también se dirige al resto de la comunidad, cuyos miembros a partir de ese momento comienzan a tener ciertas obligaciones respecto del proceso que implica castigar a otro.<sup>64</sup> Estas obligaciones no sólo incluyen el modo en que el ofensor será castigado sino, principalmente, la forma en que será recuperado para la comunidad.

De este modo, entiendo que la inculpación no sólo es retributiva, esto es, no se trata sólo de conseguir la imposición de una condena criminal sobre alguien sino también de encargarnos del resto de los miembros de la comunidad quienes tienen un rol importante al momento de inculpar. Para ello es necesario tomar en consideración los sentimientos de las víctimas como miembros de la comunidad y no como un grupo aislado y desprotegido. Es en este punto en el que la culpa restaurativa tiene una función relevante en esta tesis que defiendo. A partir del diálogo, entendido en un sentido amplio, entre el agresor y el resto de los miembros de la comunidad, incluida la víctima, es posible llegar a un mejor entendimiento del pasado y las razones que llevaron al ofensor a hacer lo que hizo. Si podemos lograr la reconciliación entre víctima y agresor, también podemos lograr la reconciliación con el resto de la comunidad. Dentro de esta visión que ofrezco se vislumbran objetivos ulteriores como reconstruir una comunidad a través de la promoción de la reconciliación. El objetivo es lograr que el ofensor advierta el mal causado con su conducta, pero además que tenga una oportunidad para que él se arrepienta, se disculpe y repare su daño en la medida de lo posible.<sup>65</sup>

## 9. Conclusión

Durante el transcurso de la última parte del trabajo intenté mostrar dos cosas: por un lado, me propuse señalar que existen más de un modo de caracterizar al retribucionismo como teoría del castigo. A menudo, sus críticos presentan esta tesis como si sólo pudiera ser entendida de una sola forma. Esta construcción, a veces, no está exenta de fisuras o inconsistencias y eso contribuye a que sus debilidades se presenten de una forma exagerada.

---

<sup>64</sup> Esto difiere de lo que expresa Antony Duff, para quien expresión y comunicación no pueden entenderse conjuntamente. Según Duff, la expresión sólo se enfoca en el agresor y no en el resto de la comunidad. Entiende que en la expresión no hay diálogo, sólo reprobación. Ver Duff (1986: 235). Decididamente en Duff (2001: 79).

<sup>65</sup> Duff (2001: 79-80).

Presenté algunos lineamientos de lo que entiendo puede ser entendida como una teoría retributiva-comunicativa que puede presentar a la retribución en otros términos y evitar la crítica habitual a la retribución tradicional. Esta tesis que defiende no está vinculada a aquellos principios clásicos como el merecimiento o la proporcionalidad sino que tiende a expresar mediante el castigo, entre otras cosas, las emociones reactivas de los ciudadanos mediante un juicio de reprobación pero también, en un momento posterior, busca la reconciliación entre el ofensor, la comunidad y la víctima.

Me queda un último comentario acerca de la venganza. En cualquier de las dos formas que presenté de la retribución, intentar descartar los sentimientos de venganza que nos invaden cuando somos víctimas de un delito o un abuso es una tarea inútil. Si estamos de acuerdo en que las emociones reactivas como la indignación y el resentimiento es lo que moviliza nuestras prácticas de culpa y castigo, no es posible negar la posibilidad de que la venganza sea parte de ellas.

Para intentar vincular esta última parte con el comienzo del trabajo, creo que los juicios penales pueden cumplir, si bien en forma acotada, las funciones que le atribuyo al castigo penal. En particular, en los juicios de lesa humanidad, la comunidad, mediante sus representantes, expresan su rechazo a la conducta de los perpetradores. Los límites de este rechazo es un punto para seguir discutiendo. Habría muchas circunstancias particulares sobre los modos en los que se hacen efectivas esas condenas y sobre el trato que debemos darle a los condenados. Sin embargo, nada de lo que ocurre en esos juicios es un acto de venganza. Creo que es necesario pensar cuáles son aquellos consecuencias que son importantes para el resto de la comunidad y cuáles son los intereses de las víctimas que son atendidos en los juicios. Defender estos procesos implica también hacer esfuerzos por intentar mejorarlos. Para eso es necesario seguir pensando sobre las razones para castigar a otro. Como sabemos esto es uno de los grandes temas del derecho penal y la filosofía del castigo que, por supuesto, debemos seguir discutiendo.

