Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En Letra: Derecho Penal
Año IV, número 6, pp. 89-124

La justificación del castigo por crímenes de lesa humanidad, ¿una cuestión de costos y beneficios?

A propósito del argumento de Eugenio Zaffaroni

Fernando Bracaccini LL.M.*

Fecha de recepción: 1° de noviembre de 2017
Fecha de aprobación: 12 de febrero de 2018

Resumen

Según Zaffaroni el castigo de crímenes de lesa humanidad se justifica como un medio para evitar los actos de venganza de las víctimas, los cuales quedarían impunes en virtud de que el derecho penal carecería de fuerza ética para condenarlos. De acuerdo con dicho autor, la impunidad de esos actos de violencia supondría aceptar que los criminales masivos sean tratados como enemigos, algo inaceptable en un estado de derecho. El castigo de estos crímenes se presenta entonces como una forma de evitar la venganza privada, de rescatar a los criminales masivos de ser tratados como enemigos, y de reafirmar el estado de derecho. A lo largo de este trabajo analizo la estructura de ese argumento y, tras argumentar que es de tipo consecuencialista y utilitarista, presento dos conjuntos de críticas. Desde un plano filosófico-normativo, sostengo que el argumento no logra justificar el castigo porque i) permite justificar el castigo de personas inocentes, ii) no justifica el castigo real contra criminales masivos sino solo su apariencia y iii) justifica la impunidad de quienes lograron mantener su anonimato gracias a los sistemas clandestinos de terror estatal.

* Abogado (UBA). Docente del Departamento de Derecho Público de la UBA. Candidato a Magíster en Derecho (Yale University). Contacto: fbracaccini@gmail.com. Agradezco a Gustavo Beade, Agustin Varela, Santiago Mollis, Fernando Gauna Alsina, Gonzalo Penna, Delfina Beguerie y Paula Pérez por sus comentarios, aportes y críticas a una versión preliminar de este trabajo. También a integrantes del Proyecto UBA DECyT 1604 con los que tuve oportunidad de discutirlo. En igual sentido, agradezco a Gideon Yaffe por sus comentarios y sugerencias sobre las ideas aquí presentadas y a Roberto Gargarella por las discusiones sobre este tema durante reiteradas sesiones de su seminario, que fueron de gran ayuda. Finalmente, agradezco al Comité Editorial de la revista En Letra Derecho Penal y a dos árbitras anónimas o árbitros anónimos por sus valiosos comentarios. Desde ya, la responsabilidad por el contenido de este trabajo y por cualquier error es solo mía.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Desde un plano empírico, critico que no se ofrece prueba para sustentar el argumento de justificación y pongo de manifiesto que los hechos de venganza privada que ZAFFARONI supone que existirían en contextos de impunidad no se verifican en la experiencia argentina. Por esas razones, concluyo que el argumento de ZAFFARONI no logra justificar adecuadamente el castigo por crímenes de lesa humanidad y que su razonamiento conduce a considerar injustificadas las condenas impuestas por estos crímenes en Argentina.

Palabras clave: Filosofía del derecho penal – Castigo – Teoría agnóstica de la pena – Utilitarismo – Minimalismo penal – Crímenes de lesa humanidad

Title: Punishment for crimes against humanity. A matter of costs and benefits? A thought regarding Eugenio Zaffaroni´s argument

Abstract

According to ZAFFARONI, the punishment of crimes against humanity is justified as a way to prevent the acts of vengeance of the victims, which the criminal justice institutions would leave unpunished because of the lack of the ethical entity required to sanction them. According to the author, accepting the impunity of vindictive violence would mean to accept treating massive criminals as enemies, instead of as persons, something unacceptable according to the rule of law. Hence, the punishment of these crimes works as a way to avoid private revenge, to save the massive criminals from being treated as enemies, and to reaffirm the rule of law. Throughout this paper I try to show that the structure of the argument is consequentialist and utilitarian, and present two sets of criticisms. From the philosophical-normative level, I argue that the argument is implausible because i) it justifies the punishment of innocent people, ii) it does not justify the actual punishment against massive criminals but only the appearance of it, and iii) it justifies the impunity of those who managed to remain anonymous thanks to clandestine systems of state terror. From an empirical level, I criticize that the author does not offer evidence to support his argument, and that the private revenges that he assumes that would exist in contexts of impunity did not exist in the Argentinean experience. I conclude that ZAFFARONI's argument is incapable of justifying the punishment of crimes against humanity, and that his argument leads to consider the convictions imposed in Argentina to be unjustified.

Keywords: Philosophy of Criminal Law – Punishment – Negative Theory of Punishment – Utilitarianism – Penal minimalism – Crimes against humanity

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sumario

I. Introducción; II. La necesidad de una justificación para castigar; III. Formas de responder a la base de demanda de justificación; IV. El pensamiento de ZAFFARONI sobre el castigo; 1. El estado de derecho y el derecho penal frente al estado de policía y el poder punitivo; 2. El castigo por crímenes de masa; V. La estructura del argumento de ZAFFARONI; VI. Objeciones al argumento de justificación del castigo por crímenes de masa; 1. Déficit normativo-filosófico; a) El castigo del inocente; b) El castigo aparente del culpable; c) La impunidad de los criminales desconocidos; 2. Déficit empírico; a) Ausencia de evidencia empírica sobre la idoneidad preventiva del castigo; b) La ausencia de casos de venganza privada en Argentina; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El trabajo de ZAFFARONI ha sido altamente influyente en el derecho argentino y ha dado lugar a enormes debates y reflexiones sobre la justificación del castigo, entre muchas otras cuestiones. Su visión agnóstica o negativa ha desafiado las miradas predominantes del castigo y el sistema penal y por eso es que ha sido tan influyente como discutida en nuestro medio. Si bien su mirada general sobre el castigo ha sido harto debatida, menor atención ha merecido su argumento de justificación del castigo por crímenes de masa.[1] Esto resulta sorprendente dada la importancia de este asunto para su entendimiento general sobre el castigo, pero especialmente por la relevancia de ese tipo de cuestiones en un contexto como el argentino, en el que se han dictado centenares de condenas por estos crímenes. El propósito de este trabajo es reflexionar críticamente en torno al argumento ofrecido por ZAFFARONI para justificar el castigo por este tipo de crímenes, con el fin de verificar si se trata de un argumento de justificación plausible.

Con ese propósito, inicialmente indagaré sobre las razones que hacen que una justificación sea necesaria para, válidamente, castigar a una persona. Tras ello, describiré los tipos de respuestas que pueden darse a la pregunta sobre la justificación del castigo y luego trataré los argumentos presentados por ZAFFARONI. Me detendré en su justificación del castigo por crímenes de masa, analizaré su estructura, intentaré demostrar su naturaleza consecuencialista y utilitarista y, finalmente, presentaré críticas desde los planos filosófico y empírico.

[1] A lo largo de este trabajo utilizaré el concepto crímenes de masa para aludir a los crímenes de lesa humanidad, por ser la expresión utilizada por ZAFFARONI al elaborar el argumento bajo análisis.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Desde el plano filosófico-normativo, intentaré demostrar que el argumento de ZAFFARONI i) puede conducir a justificar una condena impuesta a una persona inocente, ii) torna el castigo real superfluo al justificar solamente la apariencia de castigo y iii) justifica la impunidad de los criminales masivos que permanecieron en el anonimato gracias a su operar clandestino. Desde el plano empírico, pretendo demostrar que, a pesar de que el autor insiste retóricamente sobre la necesidad de pensar el castigo en contextos reales y no puramente filosóficos, i) no ofrece prueba empírica para sustentar la función preventiva asignada al castigo y ii) la experiencia argentina no solo no verifica su hipótesis, sino que la contradice. Por esas razones, concluiré que el argumento de ZAFFARONI no logra justificar el castigo por crímenes masivos.

II. La necesidad de una justificación para castigar

Según Mitchell BERMAN, entre todos los disensos que existen en torno a la práctica de castigar "en al menos un asunto, el consenso se aproxima a la unanimidad: el castigo necesita de una justificación".[2] De allí que se hayan dedicado grandes esfuerzos a discutir si existen razones que justifiquen la imposición deliberada de sufrimiento a una persona. Esa búsqueda pretende responder a una pregunta intuitiva, pero muy difícil de contestar: ¿por qué razón puede ser correcto provocar intencionalmente un mal a alguien que ha hecho, él mismo, un mal?[3]

Según BERMAN, cualquier práctica puede ser justificada, pero eso no significa necesariamente que una justificación pueda ser exigida para llevarla adelante. De hecho, según este autor, "[…] afirmar que una conducta, real o contemplada, X 'necesita de' una justificación significa que 'comúnmente' o 'supuestamente' uno no debe hacer X, o que hay una razón, evidente o putativa, para no hacer X".[4] A partir de allí, y en la medida en que solo lo aparentemente objetable debe ser justificado, decir que una conducta exige justificación representa, a su vez, una afirmación más amplia que contiene la consideración que origina la demanda de justificación. En términos más prácticos, decir "*X* necesita justificación" equivale a decir "*X* necesita justificación en virtud de *Y*",

[2] BERMAN, "Castigo y Justificación" (trad. Julia DE LA PARRA y Marcelo FERRANTE), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 8, 2007, p. 1.
[3] Cf. FERRANTE, "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA ZAMORA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2015, edición online, p. 2088 [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].
[4] BERMAN, *supra* nota 2, p. 5.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en donde *Y* representa la "base de demanda" de justificación.[5]

Para el caso particular del castigo, dice el autor, "nos esforzamos en tratar de justificar[lo] […] frente a la sospecha articulable de que la tarea puede no ser realizable".[6] Es decir, sospechamos que existen razones para no castigar. El aspecto de la práctica de castigar que hace que una justificación sea necesaria es que significa imponer sufrimiento de manera deliberada e intencional contra la persona castigada y eso exige una justificación porque el sufrimiento de una persona es un estado de cosas malo y porque imponer intencionalmente sufrimiento es una acción intrínsecamente incorrecta, en tanto infringe los derechos que tenemos como individuos.[7] A partir de allí, existirían dos bases de demanda distintas, pero vinculadas: i) la imposición de sufrimiento a la persona castigada y ii) la imposición intencional de sufrimiento y la consecuente violación de los derechos de un individuo. Castigar justificadamente exige responder satisfactoriamente a esas dos objeciones.

III. Formas de responder a la base de demanda de justificación

Para responder a la base de demanda es posible utilizar argumentos que o bien busquen cancelarla, en tanto demuestren que es falsa o que no se aplica en determinados casos, o que busquen demostrar que esa base de demanda es menos relevante que otras razones, presentadas como prevalecientes. Mientras que el retributivismo intenta hacer lo primero, el consecuencialismo se propone hacer lo segundo.[8] Existen también respuestas de tipo abolicionistas, que postulan la inexistencia de razones que logren satisfacer la base de demanda y que, por lo tanto, afirman que no es posible justificar el castigo.

Los argumentos de justificación consecuencialistas pretenden demostrar que los efectos positivos que provocaría el castigo, como la disuasión o la resocialización, son más fuertes que la base de demanda de justificación, y que castigar estará justificado cuando ese tipo de efectos —razones prevalecientes— se encuentren presentes. Entre los argumentos consecuencialistas se encuentran los de tipo utilitarista, cuyo objetivo es maximizar los beneficios producidos por una determinada acción, y que prescriben que "las acciones correctas son aquellas que, comparadas

[5] Cf. BERMAN, *supra* nota 2.
[6] BERMAN, *supra* nota 2, p. 6.
[7] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, pp. 8-9.
[8] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, p. 3.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con las acciones alternativas para el sujeto en una cierta situación, producirían la mayor cantidad de valor. La teoría, por lo tanto, nos dirige a maximizar el bien; acciones que hagan eso serán correctas, y aquellas que no lo hagan serán incorrectas".[9] El valor relevante para el utilitarismo es el bienestar de los individuos y la diferencia entre el costo (valor negativo) y el beneficio (valor positivo) de estas acciones nos dirá el valor neto de la acción, denominado utilidad, que podrá ser positiva o negativa. De ser negativa, un utilitarista dirá que debemos abstenernos de realizar la acción y, si en cambio, es positiva, nos dirá que debemos realizarla.[10]

Los argumentos de este tipo ponen de un lado de la balanza la base de demanda (i. imponer sufrimiento; ii. imponer sufrimiento de manera intencional y violar los derechos del castigado) y del otro los supuestos beneficios que se obtendrían por medio de la práctica de castigar (la resocialización, la disuasión, entre otros), los contrapesan y luego concluyen si el castigo se encuentra o no justificado. Estará justificado si, y solo si, sus consecuencias maximizan la utilidad, lo que equivale a decir que los beneficios son superiores al costo. Para BENTHAM, por ejemplo, solo se justifica el castigo si maximiza la utilidad en una extensión tal que evitará un daño mayor al que impone.[11] Mientras este tipo de argumentos siguen considerando que la imposición de castigo *per se* constituye un estado de cosas malo —un costo—, no considerarán que representa la violación de un derecho de la persona castigada cuando la practica esté justificada en virtud de su utilidad positiva.[12]

Como contracara, los intentos de justificación retributivista utilizan argumentos de cancelación de la base de demanda, pues buscan demostrar que las proposiciones de aquélla no son verdaderas si la persona castigada merecía recibir el castigo. De tal forma, el merecimiento del sujeto castigado se presenta como una razón que cancela la base de demanda de justificación, en tanto la imposición de sufrimiento a quien lo merece no sería un estado de cosas malo.[13] Existen numerosas discusiones en torno al significado del concepto merecimiento, pero no serán

[9] BERMAN, *supra* nota 2, p. 3.
[10] Cf. TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, pp. 103-105.
[11] Cf. BENTHAM, "The Utilitarian Theory of Punishment", en TONRY (ed.) *Why Punish? How Much? A reader on Punishment,* Oxford, Oxford University Press, 2011, pp.51-70.
[12] Agradezco a una árbitra anónima o un árbitro anónimo por un comentario al respecto, que motivó esta aclaración.
[13] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, p. 3.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

abordadas por no ser relevantes para el objeto de este trabajo.

IV. El pensamiento de ZAFFARONI sobre el castigo

A continuación, introduciré muy brevemente las ideas de ZAFFARONI en torno al castigo. Se utilizará el concepto "castigo" para aludir a lo que el autor suele llamar "pena", en la medida en que define tal concepto[14] como aquello a lo que buena parte de la literatura llama castigo, o al menos como parte de algunos de sus elementos.[15] Incluso, al aludir al trabajo de otros autores, ZAFFARONI llama "pena" a lo que ellos llaman "castigo".[16]

El autor desacredita las justificaciones del castigo basadas en argumentos de prevención general (positiva o negativa), prevención especial (positiva o negativa) y retributivos, por considerarlos implausibles en términos empíricos. En sus palabras, cada teoría de la pena "[…] asigna una función diferente, pero ninguna es verificable en la realidad de modo que abarque todas las penas realmente impuestas. Cada una postula lo que la pena debe ser, pero ninguna explica cómo es; se manejan en el mundo normativo del puro *deber ser*, pero se desentienden de la realidad del poder punitivo".[17] Eso condujo —según el autor— a que en la realidad "el derecho penal siempre justific[ara] y legitim[ara] el trato de algunas personas como *enemigos*".[18] Por esa razón se preocupa por no prescindir del plano del *ser* y se propone elaborar su argumentación tomando datos que encuentra en el plano empírico.

1. El estado de derecho y el derecho penal frente al estado de policía y el poder punitivo

Desde ese plano del *ser*, ZAFFARONI toma como punto de partida una inevitable coexistencia dialéctica entre un estado de derecho, que caracteriza como "el que somete a todos los habitantes

[14] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 44.
[15] Véase DUFF, *Punishment, Communication and Community*, New York, Oxford University Press, 2001, pp. xiv-xv.
[16] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, pp. 56-65; ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 85.
[17] ZAFFARONI, *Estructura Básica del Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 20.
[18] ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 187.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a la ley",[19] y un estado de policía, en el "[…] que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda".[20] Según el autor, "no es posible precisar el concepto de pena sin examinar más cercanamente la función política del derecho penal, lo que no es factible sin profundizar la idea de estado de policía y de estado de derecho".[21] Estos modelos no se muestran de manera pura, sino coexistente y dialéctica, en tanto "[…] no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino solo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran".[22]

Dentro del estado de policía se inscribe lo que el autor denomina poder punitivo, que puede entenderse como un ejercicio irracional de violencia estatal, que no se encuentra sujeto al derecho y que de no ser debidamente contenido tiende a acrecentar la violencia hasta niveles masivos.[23] Según el autor, "la experiencia del siglo pasado demuestra que cuando el poder punitivo pierde la contención del poder jurídico, son las agencias ejecutivas las que se encarnizan contra un *chivo expiatorio* o enemigo y cometen matanzas y genocidios, o sea, que las propias agencias ejecutivas desbocadas cometen los peores crímenes".[24] El enemigo es, según el autor, una construcción del poder punitivo, que, con una lógica discriminatoria hacia ciertas personas, las trata como entes peligrosos y dañinos, mediante un trato punitivo que no se corresponde con la condición de persona.[25] Los enemigos "son privados de ciertos derechos individuales [justamente] en razón de que se dejó de considerarlos personas".[26]

Según ZAFFARONI, el poder punitivo es algo inevitable. Se trata de una consecuencia de los

[19] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 6. El autor no ofrece mayor detalle sobre qué entiende por estado de derecho, ni acerca de cuál es la teoría política sobre la que construye su argumentación, aunque su permanente alusión al estado constitucional de derecho parecería invocar una mirada política liberal, lo cual desde ya condiciona la forma en que ve el Estado, la democracia y el rol de los jueces. Esto ha sido objeto de análisis y crítica en GARGARELLA, "La tarea del juez y los límites del minimalismo penal. Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni", en ÍDEM, *Castigar al Prójimo. Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 31-57.
[20] ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 6.
[21] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 41.
[22] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 41.
[23] Cf. ZAFFARONI, *La palabra de los muertos,* Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 475-486, 501, 553-554; ZAFFARONI, *supra* nota 16, pp. 31-32.
[24] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 31.
[25] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 11.
[26] ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 18.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

impulsos de venganza entre las personas identificados por el etnólogo René GIRARD bajo el rótulo de violencia esencial. En efecto, "[…] la lucha por los mismos objetos genera tensiones que llevan a la violencia colectiva que destruye la convivencia: se vierte sangre —venganza— en una escalada (*violencia esencial*) que solo cesa cuando se canaliza en la víctima expiatoria [(el enemigo)], cuyo sacrificio […] hace cesar de inmediato la violencia destructora […]".[27] De allí se arriba "[…] al *Kernel* [(núcleo)] más profundo del vínculo de la masacre con el poder punitivo, que deja al descubierto que la función más importante que cumple en las sociedades el sistema penal judicial es la de intentar canalizar la venganza, que pasa de privada a pública"[28] y "[…] el sistema penal pretende nada menos que racionalizarla".[29] En consecuencia, en la medida en que "[…] nuestra cultura no ha encontrado hasta el presente otra vía de canalización de la venganza y mientras no la encuentre […] no habrá forma de eliminarla".[30]

Ante esta inevitable violencia irracional, ZAFFARONI considera necesario presentar algún tipo de resistencia o contención que frene la evolución del poder punitivo, en la medida en que "en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona […]".[31] El autor asigna el rol de defensa del estado de derecho al derecho penal, que consiste en "[…] la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho".[32] Sin embargo, explica, esa contención no puede evitar la totalidad de la violencia del poder punitivo, en la medida en que "el poder jurídico de contención y reducción no tiene fuerza suficiente para suprimir al poder punitivo",[33] y asocia lo que ocurre con las agencias judiciales y la Cruz Roja Internacional, "[…] que agota su poder tratando de contener las manifestaciones más crueles de la guerra, pero no puede hacerla desaparecer".[34]

[27] ZAFFARONI, supra nota 23, p. 480.
[28] ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 482.
[29] ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 482.
[30] ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 554.
[31] ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 20.
[32] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 5.
[33] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 32.
[34] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 28. La analogía entre el rol del derecho penal y el derecho internacional humanitario es recurrente en la obra de ZAFFARONI (ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 52;

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El poder punitivo es aplicado por el sistema penal, que consiste en el "conjunto de agencias que operan la criminalización […] o que convergen en la producción de ésta".[35] Involucra a las agencias políticas, policiales, penitenciarias, judiciales y académicas, entre otras, que poseen distintas funciones y compiten entre sí. Dentro de ese sistema, ZAFFARONI asigna a los jueces un rol de reducción del poder punitivo, a través de su aplicación racionalizada del derecho penal, que tendría lugar en el marco del proceso de criminalización. Según el autor "las agencias políticas que producen las normas nunca pueden saber sobre quién caerá la selección que habilitan…",[36] de manera que son las agencias policiales[37] las encargadas de seleccionar qué conductas serán efectivamente criminalizadas. Esta selección, explica ZAFFARONI, es inevitable en la medida en que "[…] las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y […] se considera *natural* que el sistema penal *lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario*".[38] Ahora bien, explica ZAFFARONI, la selección suele alcanzar a "quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más *vulnerables a la criminalización secundaria*, porque […] encuadran en los estereotipos criminales, su entrenamiento solo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección […]".[39] Solo muy excepcionalmente criminaliza a quienes no encuadran en el estereotipo y se encuentran en una posición prácticamente invulnerable frente al sistema, como los autores de los delitos de guante blanco.[40] Por lo tanto, el rol que deben cumplir las agencias judiciales es el de contener, por medio de la aplicación del derecho penal, la actividad de dichas agencias policiales, como una estrategia de defensa del estado de derecho ante los avances del poder punitivo.

A partir de allí, ZAFFARONI enuncia su teoría agnóstica de la pena, que postula que el castigo consiste en la aplicación racional y disminuida de un mal que de todos modos ocurriría, en la medida en que no es posible eliminar totalmente el poder punitivo. Esta teoría justifica el castigo en virtud de su poder reductor de una violencia que resulta inevitable, pues "[…] el poder

ZAFFARONI, *supra* nota 17*, pp.32-33;* ZAFFARONI, *supra* nota 18*,* p. 167; ZAFFARONI, *En buscas de las penas perdidas, supra* nota 16, pp. 205-206, 229-236 y 272)

[35] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 19.

[36] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 8.

[37] Se refiere a las agencias penales ejecutivas, principalmente las policías (ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 13).

[38] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 8.

[39] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 10.

[40] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 11.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

punitivo ejercido con la pena no sería más que una ínfima parte de éste, habida cuenta de [su] […] dimensión […]".[41] ZAFFARONI desestima las propuestas abolicionistas porque conducirían al "[…] aniquilamiento del discurso acotante penal […] [y a] admitir (o postular) la posibilidad de desaparición definitiva del estado de derecho".[42] En consecuencia, justifica el castigo como herramienta reductora de la violencia irracional e inevitable del poder punitivo.[43]

2. El castigo por crímenes de masa

El argumento de justificación antes expuesto no resulta aplicable al castigo de crímenes de masa, que justamente se caracterizan por ser la expresión del poder punitivo que no fue debidamente contenido.[44] Ante actos criminales que provienen del propio poder punitivo, el castigo no puede cumplir una función reductora de la violencia estatal, pues la selectividad del sistema nunca conduciría a criminalizar este tipo de actos y no existiría amenaza alguna de violencia que requiera ser contenida. Frente a esto, el autor inicialmente consideró que el castigo de los criminales masivos podía justificarse por los altos esfuerzos por ponerse en una situación de vulnerabilidad, pero ese argumento no ofrecía respuestas a la pregunta sobre por qué aplicar un castigo reductor de violencia a una persona contra quien no existía esa amenaza de violencia.[45]

Posteriormente, en el trabajo "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?"[46] ZAFFARONI elaboró un argumento de justificación específico para el castigo de este tipo de crímenes. El autor se ocupa, además, de rechazar la eficacia preventiva del derecho penal internacional respecto de los genocidios, cuestión que no será abordada, dado que el foco de este trabajo se centra en las razones que sí encuentra el autor para

[41] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 45.
[42] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 31.
[43] Si bien podría objetarse que el argumento de ZAFFARONI no justifica el castigo, sino el derecho penal acotante, no puede perderse de vista que la aplicación de un castigo es la consecuencia de la aplicación del derecho penal, que según el autor debe aplicar un filtro racional a los intentos de criminalización de las agencias policiales y habilitar solo ciertas porciones de poder punitivo. Esa violencia que resulta habilitada consiste en lo que conocemos como castigo.
[44] ZAFFARONI, *Crímenes de masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012 p. 31.
[45] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 198. Para un argumento que responde esa pregunta desde un marco teórico compatible con el de ZAFFARONI, véase BÖHM, "Los crímenes de Estado, la complicidad civil y el sistema punitivo", en *En Letra. Derecho Penal*, año 1, n.° 1, 2015.
[46] ZAFFARONI, *supra* nota 44. También abordado en ZAFFARONI, *supra* nota 23, pp. 476-499.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

justificar el castigo. Antes de introducir su argumento es preciso señalar que si bien la cuestión del castigo por crímenes de masa es analizada por ZAFFARONI desde el derecho internacional, al no utilizar categorías de análisis exclusivas de esa rama del derecho, su argumentación es aplicable al castigo de criminales masivos tanto en el plano internacional como en el local.

ZAFFARONI considera que su visión agnóstica de la pena también es aplicable a estos casos y que el castigo tiene un rol de contención.[47] Sin embargo, la diferencia radica en el tipo de violencia que debe ser contenida: aquí la necesidad de castigo se explica porque "[…] El criminal masivo impune queda sometido en la práctica a una […] pérdida de paz, es excluido de la comunidad jurídica y cualquier daño que se le cause es prácticamente impune, porque el derecho penal se muestra incapaz de condenar a quien lo ejecute".[48] El castigo a criminales masivos se justifica por su capacidad para evitar actos de venganza de las víctimas o de sus allegados, que quedarían impunes por la incapacidad del derecho penal para aplicar una pena. En consecuencia, el castigo viene a brindar un trato compatible con la calidad de persona y a afianzar el estado de derecho, que exige tratar a todos los individuos como persona.[49] Además de "rescatar al criminal masivo",[50] el castigo evitaría "un acto de barbarie degradante para las propias víctimas del crimen de masa y […] la caída en un derecho penal del enemigo […]".[51]

El concepto de venganza privada de ZAFFARONI coincide con una de las dos razones que FERRAJOLI encuentra para justificar el castigo, quien además considera su capacidad preventiva para la comisión de nuevos delitos.[52] Sin embargo, en el caso del autor argentino lo que termina por justificarlo no es la existencia de venganza privada por sí sola, sino el hecho de que esa venganza quedaría invariablemente impune, en virtud de que el derecho penal carecería de fuerza ética para condenar esa violencia vengativa y terminaría convalidándola. Para ZAFFARONI esto equivaldría a privar a los criminales masivos de protección jurídica y, por ende, a tratarlos como enemigos, algo inconcebible desde la visión del estado de derecho que, él sostiene, el derecho penal debe defender. Como prueba de esta impunidad, ZAFFARONI ofrece dos ejemplos: el asesinato de Talât, responsable del genocidio armenio, cuyo autor fue declarado inimputable, y el

[47] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 32.
[48] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 33. También en ZAFFARONI, *supra* nota 23, pp. 487-488.
[49] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 488.
[50] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 36, nota al pie n.° 24; ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 488.
[51] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 36.
[52] Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 331-336.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

asesinato de Mussolini, que resultó impune por ser considerado un acto de guerra.[53] En consecuencia, mientras FERRAJOLI busca evitar la venganza privada en virtud de su violencia intrínseca, ZAFFARONI pretende evitarla fundamentalmente para asegurar que los criminales masivos no sean tratados como enemigos, dado que ello sería incompatible con el estado de derecho.

V. La estructura del argumento de ZAFFARONI

El hecho de que el autor desestime los argumentos de justificación del castigo que se fundan exclusivamente en el *deber ser*, no impide que su argumentación sea discutida desde ese plano, ni que su consistencia sea evaluada en términos no empíricos. Si bien las preocupaciones de ZAFFARONI en torno a pensar el castigo únicamente desde el plano del *deber ser* cuando se trata de una institución que se aplica en el plano del *ser* son muy relevantes,[54] ello no desplaza la necesidad de analizar la fundamentación moral de un argumento normativo que, como el de ZAFFARONI, prescribe qué es correcto hacer con el castigo.

El argumento del autor para justificar el castigo por crímenes de masa es de tipo consecuencialista.[55] A diferencia de lo que haría un retributivista, que buscaría *cancelar* la base de demanda,[56] ZAFFARONI pone todo su énfasis en el efecto de castigar a un criminal masivo: evitar la venganza privada impune en su contra y así evitar tratarlo como enemigo. Se trata de un rasgo característico de los argumentos consecuencialistas, en los cuales "[…] la corrección de una

[53] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 34, notas 20 y 21.

[54] Pueden encontrarse análisis de la teoría del castigo tomando en cuenta su impacto en el plano del ser en: MURPHY, "Marxismo y retribución" en *Revista Argentina de Teoría Jurídica,* vol. 17, 2016; GARGARELLA, *De la injusticia penal a la justicia social,* Bogotá, Siglo del Hombre, 2008; BEADE/LORCA, "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social", en *Isonomía*, n.° 47, 2017, pp. 135-164; RIVERA LÓPEZ, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", en *Análisis Filosófico*, vol. 35, n.° 2, 2015; entre muchos otros.

[55] Si bien un análisis similar podría ser realizado sobre el argumento de ZAFFARONI para el castigo en general, y no solo en el caso de los crímenes de masa, esta cuestión no será abordada en este trabajo, pues entiendo que es metodológicamente más adecuado concentrarme en un argumento. Sin embargo, resulta pertinente destacar que el propio ZAFFARONI ha planteado la cuestión del castigo en un esquema de fines y medios (ver ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, *supra* nota 15, p. 110). Para una opinión coincidente con esta caracterización del razonamiento del autor, véase GARGARELLA, "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2010.

[56] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, pp. 9-11.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conducta depende enteramente del valor de las consecuencias de esas acciones",[57] lo cual equivale a decir que su valor es extrínseco.[58]

Dentro del consecuencialismo, el argumento de ZAFFARONI parece asemejarse a uno de tipo utilitarista. El autor basa su argumento en cálculos de costos y beneficios, y el castigo al criminal masivo se presenta justificado porque maximiza la utilidad, en la medida en que logra evitar la venganza privada. Entre el costo (el mal de la pena) y el beneficio (evitar la venganza, tratar como persona al criminal masivo y reafirmar la vigencia del estado de derecho), se extrae una diferencia (llamada utilidad) que resulta positiva porque los beneficios son mayores al costo, lo cual deriva en la justificación de la práctica. Al igual que lo hace FERRAJOLI a través de lo que llama un utilitarismo penal reformado,[59] "[…] la pena se justificaría como *mal menor*, debiendo establecerse siempre sobre un cálculo de costos: el costo del derecho penal y el costo de la anarquía punitiva".[60]

Así como BENTHAM diría que el castigo se justifica en tanto sea una medida eficiente para la minimización del daño,[61] para ZAFFARONI el castigo a los criminales masivos se justifica si, y solo si, es una medida eficiente para prevenir las venganzas privadas impunes contra ellos y así evitar que sean tratados como enemigos. Si por alguna razón el castigo no lograra los beneficios buscados, o el costo de castigar se elevara por encima de ellos, entonces la utilidad pasaría a ser negativa y el castigo no podría justificase.

Alguien podría replicar, sin embargo, que ZAFFARONI no encuentra un valor en el castigo, y mucho menos un beneficio, sino que lo acepta como una estrategia de limitación de una violencia que desafortunadamente es inevitable. No obstante, si bien es cierto que el autor no reconoce en el castigo un valor en los términos en que la literatura lo ha hecho tradicionalmente al reconocer su capacidad de, por ejemplo, resocializar, disuadir o reafirmar la vigencia de normas, lo cierto es que sí le encuentra un valor en otros términos: por su capacidad minimizadora de la violencia.

[57] TIMMONS, *supra* nota 10 (traducción propia), p. 104.
[58] Cf. FERRANTE, *supra* nota 3, p. 2089.
[59] FERRAJOLI, *supra* nota 52, pp. 321-349.
[60] Cf. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas, supra* nota 16, p. 100.
[61] Cf. FERRANTE, *supra* nota 3, p. 2089.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Desde esa perspectiva, si bien es claro que ZAFFARONI deslegitima el poder punitivo como tal,[62] y que es consciente de las consecuencias negativas de castigar, lo cierto es que para él un mundo con castigo es mejor que uno sin castigo, en virtud de la violencia que previene, y es por ello que justifica su imposición.

Sin embargo, se podría a la vez replicar que el argumento de justificación ofrecido por ZAFFARONI se encuentra mal planteado en este trabajo. Contra lo que he sostenido previamente, se podría criticar que los costos identificados (imposición de sufrimiento deliberado y privación de derechos de una persona) no son costos propios del castigo, sino de la inevitable violencia del poder punitivo que el castigo viene a reducir, y que por lo tanto el esquema de costos-beneficios que he representado no reflejaría fielmente el argumento de ZAFFARONI. De tal forma, concluiría esta réplica, dado que la aplicación de violencia es un hecho inevitable que el castigo se propone racionalizar y reducir, no sería factible atribuir el costo de dicha violencia al castigo. No obstante, creo que un planteo de este tipo adolecería de un problema grave: aun si asumiéramos la inevitabilidad de la violencia del poder punitivo —lo cual dista de ser obvio y ha merecido objeciones[63]—, eso no permite desconocer que el hecho concreto de castigar a una persona significa imponerle una cierta cantidad de violencia y sufrimiento de manera deliberada.[64] Desde ya, es posible argumentar —como lo hace ZAFFARONI— que esa imposición de sufrimiento se encuentra justificada por su capacidad de prevenir más violencia, pero eso de ningún modo excluye el obvio hecho de que el castigo —el medio escogido para prevenir esa violencia— consiste en sí mismo en un acto de imposición deliberada de violencia y sufrimiento. Justamente, conforme el argumento bajo análisis, el costo de la violencia del castigo se contrapone al beneficio de la violencia del poder punitivo que es prevenida por su intermedio, de modo tal que el castigo se justificará cuando los beneficios sean superiores a los costos, esto es, cuando la utilidad de realizar la practica sea positiva.

Es posible concluir, entonces, que el argumento de ZAFFARONI para justificar el castigo es de

[62] De hecho, ha rechazado explícitamente aquellas críticas que consideraran su argumento como legitimador del poder punitivo (ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, *supra* nota 16, p. 204).
[63] Véase GARGARELLA, *supra* nota 19; GARGARELLA, *supra* nota 55.
[64] De hecho, en el centro del argumento de ZAFFARONI se encuentra la idea de que el castigo es el producto de un ejercicio de racionalización del poder punitivo por las agencias judiciales, que dejan pasar una porción acotada, pero que no deja de ser un acto deliberado de imposición de violencia.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tipo consecuencialista, en tanto encuentra un valor en su efecto reductor de la violencia, y de tipo utilitarista, en la medida en que justifica la práctica a partir de la utilidad positiva que genera.

VI. Objeciones al argumento de justificación del castigo por crímenes de masa

La obra de ZAFFARONI es muy extensa y completa. El autor se ha ocupado de numerosos problemas del ámbito penal y ha realizado valiosas contribuciones. Sin embargo, en lo que sigue me detendré a presentar algunas críticas a su argumento de justificación del castigo por crímenes de masa. El primer conjunto de críticas se realizará desde el plano filosófico-normativo (del *deber ser*), mientras que el segundo grupo será realizado desde el plano empírico (del *ser*).

1. Déficit normativo-filosófico

En el argumento de justificación de ZAFFARONI no hay consideraciones relevantes sobre la culpabilidad o la inocencia de las personas castigadas, dado que la condición de justificación del castigo es evitar la venganza privada impune contra los criminales masivos. La conexión causal de la persona castigada con un crimen masivo, o la gravedad de su participación, no es algo que tenga incidencia sobre la justificación del castigo. Se trata de una característica de los argumentos de justificación puramente consecuencialistas, que tiene tres implicancias problemáticas en el argumento examinado: i) permite justificar el castigo de personas inocentes,[65] ii) torna el castigo real en algo superfluo, pues solo resulta relevante la apariencia de castigo,[66] y iii) justifica la impunidad de los criminales que lograron su anonimato por haber operado clandestinamente. A continuación, desarrollaré estos tres problemas.

a) El castigo del inocente

Un ejemplo ofrecido por TIMMONS permite ver con claridad el problema del castigo de personas inocentes en las justificaciones consecuencialistas:

> Supongamos que se cometieron una serie de horribles e irresueltos crímenes y se

[65] Ver al respecto DUFF, *supra* nota 15, pp. 7-10; TIMMONS, *supra* nota 10, pp. 131-132; FERRANTE, *supra* nota 3, pp. 2089-2090; entre muchos otros.
[66] Cf. PRIMORATZ, "Punishment as Language", en *Philosophy*, vol. 64, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 60.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> alzaron en armas personas del pueblo, demandando que el culpable sea encontrado y sometido a proceso; de lo contrario realizarían disturbios. El previsible resultado de la protesta sería una gran pérdida en el monto total de utilidad, dada la predecible pérdida de vidas, daños a personas y a la propiedad. Desafortunadamente, la policía no tiene sospechosos. El jefe de policía se encuentra ponderando la situación y, como buen utilitarista, está considerando el curso de acción que debería tomar. Una opción sería hacer lo que pueda para disminuir el miedo y la furia crecientes, e intensificar la investigación. Pero otra opción más retorcida sería acusar a alguien inocente de estos crímenes —alguien sin familia ni amigos, preferentemente un marginado con un largo prontuario policial—. Ocurre que el jefe de policía sabe de una persona contra la cual podría ser inventada fácilmente una acusación plausible. Además, es bastante certero que esa persona es inocente de los crímenes en cuestión. Por supuesto, escoger esa segunda alternativa resultaría en un sufrimiento severo para el sujeto marginado, pero cuando uno considera la totalidad de la utilidad de dicho curso de acción comparado contra la otra alternativa principal, pareciera bastante claro para el jefe de policía que, como buen utilitarista, debería proceder con la acusación en contra del marginal inocente. Vamos a suponer que el jefe de policía se encuentra en lo correcto respecto a sus cálculos sobre la utilidad de sus opciones. El [punto de vista del] utilitarismo por lo tanto implica que el jefe de policía tiene una obligación moral de proceder con la acusación y castigo de la persona inocente.[67]

Al no encontrar en la culpabilidad o la inocencia por un hecho las razones relevantes para castigar a una persona, una visión utilitarista sobre el castigo como la del jefe de policía del ejemplo, y en general los argumentos puramente consecuencialistas, pueden en ciertos casos justificar la imposición de un castigo a una persona que es inocente,[68] lo cual es moralmente incorrecto. Un ejemplo como el de TIMMONS puede pensarse para el argumento de ZAFFARONI si se sustituyen las consecuencias de la protesta por un ataque vindicativo contra quien se cree que es un criminal masivo, pero en verdad no lo es. Piénsese, por ejemplo, que existe una creencia generalizada de que esa persona cometió crímenes de ese tipo o que colaboró activamente siendo civil y, tal como lo anticipara ZAFFARONI, se generan fuertes impulsos vindicativos. El argumento

[67] TIMMONS, *supra* nota 10, pp. 131-132 (traducción propia).
[68] *Supra* nota 64.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del autor conduciría a justificar el castigo a esa persona, sin importar que sea inocente, dado que hacerlo evitaría que sea tratado como enemigo al salvarlo de la venganza privada que *a posteriori* quedaría impune. El argumento de ZAFFARONI no ofrece razones para no considerar justificado un castigo impuesto bajo esas condiciones. Esto constituye un defecto estructural en su argumentación.

El castigo de personas inocentes se presenta problemático en la medida en que "no logra tomar seriamente el estatus moral de los individuos […] [ni] reconocer la importancia de los derechos individuales como [cartas de] 'triunfos' que deberían proteger a los individuos de la utilidad social".[69] Sobre el primer punto, el castigo de una persona inocente viola su autonomía moral al ignorar su capacidad moral para decidir comportarse de un modo u otro.[70] Si una persona en ejercicio de su capacidad moral toma la decisión de no cometer un hecho incorrecto, pero es de todas maneras castigada en virtud de los efectos que ese castigo podría generar, esa persona pasa a ser tratada como si no tuviera capacidad moral de elección, es decir, como un mero objeto. Respecto del segundo punto, si tenemos un derecho a que no se nos imponga un castigo a menos que seamos culpables por un hecho previamente definido como delito, el castigo a una persona inocente supone una violación de ese derecho. Si es que aceptamos la idea de derechos, no es posible admitir que estos deben ceder solo porque hay otras razones que atender.

Sin embargo, alguien podría argumentar que estos dos problemas no afectan al castigo a inocentes derivado del argumento de justificación de ZAFFARONI, sino a planteos utilitarios de otro tipo, que ponen la mira en la prevención de delitos en general y no en proteger al castigado. Se podría decir que lejos de ignorar el estatus moral de los individuos, ZAFFARONI está especialmente preocupado por ello, y que es precisamente por eso que no quiere dejar a ninguna persona librada a la violencia de la venganza privada. Y se diría entonces que en los excepcionales casos en que sea necesario castigar a una persona inocente para protegerla, ese castigo vendría a reafirmar su carácter moral de persona, el cual perdería de no ser castigada. Con un argumento de este tipo, el propio ZAFFARONI justificó el eventual castigo de un inocente para protegerlo de la violencia informal del sistema penal y preservar su vida.[71] De manera similar, en relación con la

[69] DUFF, *supra* nota 15, p. 8 (traducción propia). Allí el autor cita a RAWLS, NOZICK, PARFEIT y DWORKIN.
[70] Cf. SMILANSKY, "The time to punish", en *Analysis*, vol. 54, n.° 1, 1994, pp. 50-53.
[71] Cf. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas, supra* nota 16, *p. 288.* Sobre esta cuestión, GARGARELLA ha señalado que la decisión de la Corte Suprema en "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa n.°

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

violación del derecho a no ser castigado, se podría replicar que existe desacuerdo sobre qué son los derechos y cuáles son sus alcances, y que en una situación como la mencionada no hay nada de problemático en castigar e igualmente sostener que existe un derecho a no ser castigado, pues no se trataría de la violación de un derecho en pos de un bien que le es ajeno a la persona castigada, sino justamente de un medio para proteger otros derechos más básicos, como el de la vida o la integridad física. Entonces, la forma de entender este derecho prevería una excepción cuando fuera necesario proteger la vida o la integridad física. Ambas réplicas resultan, de todos modos, altamente problemáticas desde un enfoque respetuoso de las personas como sujetos morales autónomos.

El castigo no consiste en una sugerencia del estado a las personas sobre cómo protegerse mejor, ni tampoco un ofrecimiento de dispositivos de protección estatal. Se trata de una medida coactiva impuesta en contra de la voluntad del sujeto castigado, que además de infligir sufrimiento modifica decisivamente el curso de su vida. La persona inocente castigada no estaría en condiciones de decir "no, gracias, no quiero ser castigada, me protegeré por otros medios" y así evitar la imposición del castigo. Considerar a las personas como agentes morales autónomos significa aceptar que son ellas quienes deciden cómo desarrollar su propio plan de vida, y que el estado no puede intervenir coactivamente a menos que medie un daño o peligro de daño a terceros.[72] Esto impide considerar que esta "protección obligatoria" pueda ser impuesta a través del castigo sin incurrir en actitudes perfeccionistas.

Otra defensa del argumento de ZAFFARONI podría postular, siguiendo a HART,[73] que los argumentos de justificación del objetivo principal del castigo (*general justifying aim of punishment*) y la justificación de su distribución pueden ser independientes, y que no tienen por qué basarse en los mismos principios. De hecho, se podría argumentar que "[…] es perfectamente consistente afirmar tanto que la justificación general de la práctica del castigo son sus consecuencias positivas como que la obtención de ese objetivo general puede ser limitado o restringido por deferencia a principios de distribución que requieren que el castigo solo se aplique a un infractor por una

7537" (Fallos: 331:2691) reposa sobre una mirada del sistema penal como protectorio del sujeto sometido al sistema penal (cf. GARGARELLA, "La tarea del juez y los límites del minimalismo penal. Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni", *supra* nota 19).

[72] Cf. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

[73] HART, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en ÍDEM, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 1-27.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

infracción".[74] Esto evitaría que el castigo pueda ser aplicado a inocentes. Y se podría decir que ZAFFARONI construyó una teoría del delito con el fin de determinar cómo es que debe ser distribuido el castigo. Sobre esa base, ZAFFARONI habría puesto a nuestra disposición herramientas para evitar que personas inocentes sean castigadas, al exigir que la acción prohibida haya sido llevada por el agente, al examinar tanto su culpabilidad por vulnerabilidad —referida a sus esfuerzos por ponerse en una situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo— como su culpabilidad ética —que evalúa el vínculo entre una persona y un hecho, y su nivel de autodeterminación—.[75] Sin embargo, creo que esta objeción enfrenta ciertas dificultades que le impiden prosperar.

La primera razón para rechazarla se funda en la imposibilidad de separar la justificación del objetivo general del castigo y de su distribución. Como señala HUSAK, aun de aceptar que los límites que HART encuentra para la distribución de castigo impiden castigar inocentes, eso solo serviría para establecer quiénes no deben ser castigados. Para determinar quiénes deben ser castigados, explica HUSAK, resulta ineludible recurrir a la justificación general del castigo, lo que demuestra que no es posible concebir entonces la distribución como algo independiente.[76] En sus palabras, "[…] incluso en materia de distribución, parece que […] los beneficios suministrados por la justificación del objetivo general del castigo son los que explican por qué es que deberían ser infligidos alguna vez dolor o consecuencias no placenteras".[77] La crítica de HUSAK pone de manifiesto un problema en el centro del argumento de HART: el principio de distribución no puede por sí solo indicar cuándo es que hay que castigar, sino que requiere que lo haga el objetivo general del castigo. De tal forma, lo que HART llama principio de distribución retributivo —que establece que solo una persona culpable puede ser castigada— no funcionaría como una guía para determinar quién debe ser castigado y cuánto, sino como una limitación de lo que la justificación del objetivo general del castigo indique que hay que castigar. Esto impediría que cualquier argumento de justificación del castigo, incluido el de ZAFFARONI, pueda dividirse en dos principios independientes para explicar cómo debe justificarse la practica en términos generales y cómo distribuirse en cada caso. De todos modos, aun tras la crítica presentada contra el

[74] HART, *supra* nota 73, p. 4 (traducción propia).
[75] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 656.
[76] HUSAK, "A Framework for Punishment: What is the Insight of Hart's 'Prolegomenon'", en PULMAN (ed.), *Hart on Responsibility*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 91-108.
[77] HUSAK, *supra* nota 76, p. 106 (traducción propia).

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

argumento de HART, sí sería posible que existan ciertas consideraciones que limiten la aplicación del principio general del castigo. A continuación, me detendré a analizar si los argumentos ofrecidos por ZAFFARONI en su teoría del delito podrían funcionar como limitadores del objetivo general del castigo.

Para que esta limitación pueda plausiblemente actuar frente al argumento general de justificación del castigo de ZAFFARONI, es necesario que pueda responder satisfactoriamente las siguientes preguntas: ¿por qué razón habría que acotar el castigo solo a quienes son culpables? ¿Por qué motivo solo se protegería por medio del castigo a quienes cometieron una conducta definida como delito? ¿Por qué razón no deberíamos castigar a personas inocentes para salvarlo de la violencia punitiva? Y, en definitiva, ¿por qué razón debería darse preeminencia a la relación del agente con el hecho y no a evitar que el agente sea convertido en un enemigo?

ZAFFARONI ofrece una respuesta al argumentar en torno a su concepto de culpabilidad. Según el autor, la culpabilidad es el "juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste".[78] De tal forma, la culpabilidad es la categoría que asocia un injusto penal a una persona, y solo en caso de que este "filtro" sea superado es que un sujeto podría ser castigado. Como mencioné anteriormente, ZAFFARONI considera que la culpabilidad tiene dos componentes, uno asociado a los esfuerzos del agente por ponerse en situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo, llamado culpabilidad por vulnerabilidad, y otro vinculado a la relación del agente con el hecho, denominado culpabilidad ética. Esto se debe a que él entiende que esta categoría dogmática tiene la función de limitar la irracionalidad selectiva de personas vulnerables, y que una visión que únicamente preste atención a aspectos del *reproche personal del autor* no lograría contener la violencia irracional y selectiva del poder punitivo.[79] De todos modos, no tiene solo en consideración la vulnerabilidad del agente, sino que también exige un juicio de culpabilidad ética, en virtud de que "el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación o que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación, es poco menos que axiomático para cualquier tentativa de construcción racional del derecho penal".[80] A su juicio,

[78] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 650.
[79] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 653.
[80] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 652. Se suprimió la cursiva para facilitar la lectura.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"la posibilidad de formular un reproche ético es un presupuesto del reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad", y considera que "sería la mayor de las irracionalidades pretender reprochar a una persona en el plano jurídico lo que ni siquiera se le puede reprochar en el plano ético conforme los elementos tradicionales de esta forma de responsabilidad y en base a su ámbito de autodeterminación en el momento del hecho".[81] En otras palabras, un estándar mínimo de racionalidad exige que la persona castigada haya llevado adelante el hecho en pleno ejercicio de su voluntad. Sin embargo, el autor no explica cuál es la razón que lo conduce a concluir que castigar a los culpables es algo exigido por la racionalidad que debe caracterizar al derecho penal, y por ende al castigo.

Si bien el autor explica satisfactoriamente por qué la culpabilidad ética sería insuficiente para que el derecho penal cumpla cabalmente con su función contenedora de la selectividad del poder punitivo —lo que motiva la creación de la categoría de culpabilidad por vulnerabilidad—, solo apela a una abstracta idea de racionalidad para explicar por qué es que debe existir una conexión causal entre el sujeto criminalizado y el hecho. En otras palabras, el autor explica por qué debe tenerse en cuenta la vulnerabilidad del agente, pero no por qué debe tenerse en consideración si el hecho ha sido o no producto de su autodeterminación. Esto resulta problemático, pues la culpabilidad ética podría en ciertos casos entrar en colisión con los postulados generales de su argumento de justificación del castigo. Según ZAFFARONI, la pena se impone con el fin de racionalizar la violencia del poder punitivo —en nuestro caso, bajo la forma de actos de venganza privada— sobre aquellos que han sido seleccionados. Ahora bien, en el supuesto de que una persona sea creída culpable de crímenes masivos y que, por ende, exista sobre ella una amenaza de ejercicio de violencia vindicativa que quedará invariablemente impune en virtud de la pérdida de capacidad ética del derecho penal, ¿por qué razón no castigarla sería más racional que dejar que sea objeto del ejercicio de dicha violencia irracional? ¿Por qué motivo no castigar a la persona inocente creída culpable es más racional que dejar que sea tratada como un enemigo? El autor no ofrece explicaciones.

Si el castigo se justifica porque racionaliza y reduce la violencia que ineludiblemente impondría el poder punitivo —en este caso bajo la forma de violencia privada, que el derecho penal sería incapaz de sancionar luego—, la opción correcta sería castigar a la persona inocente

[81] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 655.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

creída culpable con el fin de i) contener la violencia que, de todos modos, se aplicaría sobre ella, ii) prevenir que sea tratada como enemigo y, de esa forma, iii) defender el estado de derecho. En consecuencia, en este tipo de casos, la opción más racional sería no limitar el castigo solo a quienes sean culpables, lo cual impide considerar que el concepto de culpabilidad ética pueda funcionar como un límite que conduzca a que solo las personas culpables sean castigadas. La racionalidad que el autor utiliza para fundar una limitación al castigo es la que conduciría, en verdad, a no limitarlo cuando exista el riesgo cierto de que una persona será objeto de violencia punitiva irracional.[82]

Consideraciones similares impedirían evitar el problema del castigo a inocentes por medio de la propuesta de RAWLS de concebir separadamente el castigo como un conjunto de reglas y como una acción particular que cae bajo esas reglas.[83] Según RAWLS, la primera faceta del castigo debería justificarse en términos utilitaristas, y la segunda bajo argumentos retributivos. Así planteado, esto permitiría al argumento de ZAFFARONI evitar caer en el problema del castigo del inocente, pues el castigo de criminales masivos sería establecido como un conjunto de reglas tendientes a prevenir la venganza privada, y luego la práctica específica de castigar llevada adelante por un juez se aplicaría solo a quienes sean culpables por el hecho. Sin embargo, distintas razones impiden aplicar este enfoque al argumento de ZAFFARONI. En primer lugar, porque el autor argentino no atribuye al castigo ninguna función preventiva de tipo simbólica, sino que su teoría negativa del castigo descree de esas aspiraciones y solo atribuye al castigo una función canalizadora y reductora de la violencia del poder punitivo, que opera únicamente cuando es efectivamente impuesto. Se trata de una cuestión sustancial, pues mientras un sistema de reglas podría apuntar, por ejemplo, a la disuasión en virtud del impacto simbólico de la potencial sanción de quienes cometan un delito, una operación simbólica y abstracta de esta naturaleza no cabría bajo el argumento de ZAFFARONI porque su capacidad preventiva solo aparece al momento en que es aplicado, momento en que la violencia punitiva es racionalizada por las agencias judiciales. En consecuencia, esta distinción entre un sistema de reglas y una práctica individualizada no sería plausible, pues el sistema de reglas no tendría sentido sin la práctica de imposición del castigo, que se funda en razones utilitaristas. En segundo lugar, no sería posible pensar en la acción de aplicación del castigo en términos puramente retributivos como lo hace RAWLS, porque el hecho de la selectividad del

[82] Agradezco a una árbitra anónima o un árbitro anónimo por un comentario que motivó esta aclaración.
[83] RAWLS, "Two Concept of Rules", *The Philosophical Review,* vol. 64, n.° 1, 1955, p. 12.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sistema penal impide a ZAFFARONI concebirlo en esos términos.[84] Por último, tal como he señalado previamente, sus argumentos referidos a la culpabilidad ética no resultan suficientes para limitar la imposición de castigo solo a personas culpables.

En consecuencia, dada la imposibilidad de dividir los principios que guían la distribución del castigo de aquellos que justifican su objetivo general, que el argumento brindado por ZAFFARONI para fundar el concepto de culpabilidad ética resulta insuficiente para limitar el castigo únicamente a personas culpables, y que la visión negativa del castigo de ZAFFARONI impide separar el castigo entre un conjunto de reglas y una práctica, entiendo que el problema del castigo al inocente persiste aun frente a las defensas hipotéticas aquí planteadas. Al final de cuentas, en supuestos en los que una persona es creída culpable de crímenes masivos, el argumento de ZAFFARONI conduce a castigarla para salvarla.[85]

b) El castigo aparente del culpable

El argumento de ZAFFARONI no conduce a justificar la imposición de castigo, sino a representar su apariencia. La idea es sencilla: si lo relevante no es aplicar una sanción al criminal masivo en virtud del hecho que cometió, sino prevenir la venganza privada impune contra él, y eso se logra por la creencia de las víctimas de que la persona que creen responsable fue castigada, lo relevante entonces no es la imposición del castigo sino la creencia de que fue impuesto un castigo. Por ello, es posible pensar que la prevención de la venganza privada puede ser lograda a través de la apariencia de castigo, es decir, engañando a la ciudadanía sobre el hecho de que el criminal ha sido castigado sin que en verdad lo haya sido. Si esta simulación es realizada con éxito, el argumento de ZAFFARONI llevaría a reemplazar el castigo real por la simulación, dado que su argumento no atribuye ningún valor a su efectiva imposición. Es que, como señala PRIMORATZ, en este tipo de argumentos "[…] el castigo real es meramente un costo necesario con motivo de su

[84] En sus palabras, "la pena no es en la realidad retribución, al menos del delito: el delito lo protagoniza un número muy grande de personas, pero el poder punitivo sólo selecciona a los torpes, de modo que si algo retribuye, es la torpeza y no el delito" (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 72).

[85] Mediante un razonamiento análogo, el propio ZAFFARONI ha admitido la posibilidad de "retener" privada de la libertad a una persona más allá del límite indicado por su culpabilidad por vulnerabilidad, en la medida en que eso permita salvarla de la violencia del poder punitivo, en formas de detenciones informales o ejecuciones ilegales (véase *supra* nota 71). Bien podría pensarse que una persona inocente podría ser privada de la libertad para salvarla de la violencia que sufriría en caso de no ser castigada.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

apariencia. De allí que la proporción entre los dos debería ser tanto como fuera posible en favor de la apariencia y contra la realidad".[86]

Si es posible lograr las consecuencias buscadas a través del castigo de un modo menos lesivo "[…] deberíamos montar un espectáculo de castigo, pero sin en verdad infligirlo. En dichos casos sería tan estúpido como cruel no colgar un maniquí y dejar al homicida libre".[87] En estos casos, en los términos utilitaristas planteados por ZAFFARONI, la apariencia de castigo surge incluso como una obligación, pues disminuye los costos de la práctica (no impone sufrimiento) y mantiene los mismos beneficios (previene la venganza privada) y así aumenta la utilidad.[88] La apariencia de castigo, y no su real imposición, es entonces la conducta correcta en términos utilitaristas.

Una réplica usual a este tipo de conclusiones es que resultan impracticables, dado que la mera apariencia de castigo sería en verdad incapaz de engañar a las víctimas y de prevenir la venganza. No es claro que esto sea así, y bien podría pensarse que el estado podría fingir el encarcelamiento de una persona y al mismo tiempo liberarla con una identidad suplantada y su aspecto físico modificado. O inclusive, podría pensarse en formas de castigo que supongan un grado de privación de derechos inferior al que se utilizaría en otros casos.[89] Aun si fuera muy difícil lograr el éxito de estas maniobras de engaño, de ser verdaderos utilitaristas, nuestros esfuerzos deberían dirigirse a lograr la mayor utilidad, y si esa utilidad se logra por medio del castigo aparente, entonces deberíamos concentrarnos en encontrar una forma de fingir el castigo que sea plausible en la práctica. En cualquier caso, el problema es que la teoría admite esta posibilidad.

Un utilitarista podría replicar que un sistema fundado en castigos aparentes sería inviable en la realidad, dado que algunos pocos castigos aparentes descubiertos pondrían en jaque todo el sistema penal. Es cierto. Probablemente un sistema que solo se dedica a imponer penas falsas sería difícilmente sostenible a largo plazo. Pero para salvar esta cuestión solo habría que imponer tantos castigos como sea sostenible. Sin embargo, discutir cuál es la cantidad de castigos aparentes que se

[86] PRIMORATZ, *supra* nota 66, p. 192 (traducción propia).
[87] PRIMORATZ, *supra* nota 66, pp. 193-194 (traducción propia).
[88] Una crítica referida a la utilización de medios alternativos menos lesivos ha sido plantead por GARGARELLA, *supra* nota 19 y GARGARELLA, *supra* nota 55.
[89] En Argentina, han permanecido detenidos responsables por graves violaciones a los derechos humanos en cuarteles con acceso a comodidades que no se encuentran disponibles en prisiones, lo que demuestra la plausibilidad práctica de este tipo de alternativas.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

podrían aplicar elude el verdadero problema del argumento: que no logra justificar normativamente lo que se propone justificar, el castigo real a criminales masivos. En efecto, el centro del problema es que el argumento no justifica el castigo real de criminales masivos cuando puede ser sustituido por castigos aparentes. En la medida en que eso sea posible, el argumento fracasa en su intento de justificación.

Ahora bien, ¿cuántos castigos aparentes es sostenible aplicar? ¿De qué forma? ¿Bajo qué circunstancias? Son preguntas que se refieren a otro aspecto del problema, y que no es necesario debatir acá. Creo que la crítica queda suficientemente asentada con el simple hecho de que el argumento no logra justificar lo que se propone. En cuanto a las preguntas formuladas, a los efectos de este trabajo es suficiente saber que, de seguirse el argumento de justificación de ZAFFARONI, deberían aplicarse tantos castigos aparentes como fuera posible.

c) La impunidad de los criminales desconocidos

La última crítica de tipo filosófico apunta a que el argumento de ZAFFARONI permite justificar la impunidad de aquellos criminales masivos que hubieran logrado permanecer en el anonimato. Según el argumento bajo estudio, solo se puede castigar justificadamente a aquellas personas sobre las que exista una amenaza de venganza privada, y una precondición para ello es que sean conocidos e identificables por las víctimas. Esta circunstancia conduce a no justificar el castigo de muchos autores de crímenes masivos aberrantes, por el simple hecho de que las víctimas desconocen su identidad y que, por lo tanto, no habría amenaza alguna de que existan actos de venganza.

Esto resulta especialmente problemático en la medida en que muchos de los sistemas de terror estatal utilizados para cometer estos crímenes han sido de tipo clandestino y sus operadores han actuado en la informalidad, y eso impidió que muchos criminales masivos fueran identificados por las víctimas a causa de la utilización de seudónimos o por las condiciones inhumanas a las que estas eran sometidas. De seguirse el argumento de ZAFFARONI, solo podría ser justificado el castigo contra los criminales masivos que fueron efectivamente identificados por las víctimas, que es esperable que sólo alcance a los mandos altos y medios en virtud de su mayor exposición pública. De tal forma, en este tipo de casos, la clandestinidad de los propios sistemas de terrorismo de estado terminaría contribuyendo a la impunidad de muchos de sus ejecutores, lo cual resulta inaceptable.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Justificar la impunidad de criminales masivos porque lograron su anonimato gracias a la clandestinidad en la que operaron es problemático por diversas razones. Desde una perspectiva retributiva, resulta problemático en la medida en que los autores de estos graves hechos merecen ser castigados, pero primordialmente porque validar su impunidad significaría aceptar que puedan obtener una ventaja indebida. El carácter indebido del beneficio que obtendrían deriva del hecho de que su impunidad se lograría gracias a que actuaron a través de circuitos informales de terror estatal, lo cual constituye un plus de incorrección moral en su comportamiento. Admitir que puedan beneficiarse de ello significa aceptar que puedan obtener ventajas por haber agregado un mayor grado de incorrección a su conducta.

Asimismo, la impunidad derivada del anonimato también sería problemática desde un enfoque utilitarista, en la medida en que podría funcionar como un incentivo para el uso de canales clandestinos. En efecto, es plausible pensar que si lo que determina la impunidad es haber logrado el anonimato exitosamente, esto constituye un incentivo muy fuerte para que quienes cometan este tipo de actos se esfuercen por no ser identificados, y por ende un estímulo para que actúen a través de mecanismos informales. Esto colisionaría con el enfoque acotante del poder punitivo que ZAFFARONI atribuye al derecho penal y al castigo, pues, al final de cuentas, su argumento de justificación podría terminar por incentivar mayor clandestinidad en el ejercicio de esa violencia. En lugar de contener la irracionalidad del poder punitivo, el argumento podría incentivar que el poder punitivo actúe de un modo más clandestino y que, por lo tanto, su violencia sea aun más irracional, alejándose todavía más del ideal del estado de derecho que el castigo debe defender.[90]

2. Déficit empírico

El plano del ser aparece como la principal preocupación del autor a la hora de expresar su teoría. A tal punto esto es así que critica las construcciones teóricas basadas puramente en el plano del deber ser, por considerar que "la ciencia social demuestra que la pena en el mundo —en la realidad— nunca *es* como los teóricos afirman que *debe ser*"[91] y considera que "si bien es verdad que el *ser no determina el deber ser*, no es posible negar que lo *limita*, porque un *deber ser que no pueda llegar a ser*, lejos de expresión de un valor jurídico, es un disparate".[92] El autor se propone

[90] Agradezco a una árbitra anónima o un árbitro anónimo por un comentario que motivó esta aclaración.
[91] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 30.
[92] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 30.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entonces construir un argumento que incorpore datos ontológicos.

Los elementos relevantes que ZAFFARONI encuentra en la realidad para la justificación del castigo por crímenes de masa son: la existencia de venganza privada contra los criminales masivos que no son castigados, la impunidad de dichos actos de venganza y la capacidad del castigo para evitar que esa venganza privada exista. Sin embargo, el autor no ofrece prueba empírica para sustentarlo y sus apreciaciones sobre lo que ocurre en el plano real se oponen a la experiencia argentina.

a) Ausencia de prueba empírica sobre la idoneidad preventiva del castigo

Aun si concediéramos que existe en el plano empírico una tendencia hacia la venganza privada contra los criminales masivos no castigados, cuestión de la que me ocuparé luego, y que esos actos de venganza quedarían impunes, eso nada nos dice acerca de por qué es que debemos utilizar el castigo como medio para prevenirla. Dicho de otro modo, ¿sobre la base de qué prueba es que ZAFFARONI postula que el castigo posee idoneidad para prevenir el ataque de las víctimas? Una respuesta simple a ello sería que la pena de prisión supone separar al criminal masivo de la sociedad y que, de esa forma, se lo protege de las venganzas. ¿Esto significa, entonces, que el único castigo justificable sería la prisión o uno que logre una segregación semejante? De ser así, ¿cuánto tiempo de encarcelamiento sería suficiente para prevenir las venganzas? ¿Por qué es que las víctimas no atacarían al criminal masivo una vez que salga de prisión? ZAFFARONI no ofrece respuestas a estas cuestiones.

En definitiva, el autor no ofrece prueba empírica para sostener la eficacia preventiva del castigo. Por esa razón, su argumento sería pasible de las mismas críticas que él realiza a quienes justifican el castigo sin tomar en consideración el plano del *ser*, a los que critica por construir argumentos meramente normativos y sin sustento empírico que demuestre que el castigo sea capaz de lograr las funciones que le son asignadas teóricamente.[93]

b) La ausencia de casos de venganza privada en Argentina

El autor no ofrece prueba empírica para sustentar la existencia de venganza privada contra

[93] Véase ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, pp. 22-23, donde se critica que los discursos legitimadores del castigo suelen carecer de fundamentaciones empíricas válidas.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

criminales masivos, sino que se limita a enumerar dos ataques —los homicidios de Talât y Mussolini— y luego realiza una generalización respecto de ese fenómeno. A partir de allí funda la necesidad de castigar a los criminales masivos para prevenir ataques contra ellos.

Esos dos casos de venganza citados por ZAFFARONI contrastan notablemente con la experiencia argentina, en la que tanto las víctimas, sus familiares y el movimiento de derechos humanos en general se han comportado de manera marcadamente pacífica en sus reclamos.[94] Desde los más de treinta años transcurridos desde la recuperación democrática hasta la actualidad solo se registró un caso de agresiones contra un criminal masivo: el puñetazo de una víctima a Alfredo Astiz.[95] Esta agresión no constituye el tipo de ataques que el autor pareciera buscar prevenir a través de la imposición de castigo, dado que no provocó daños de tipo permanentes que permitan asociarlo con la gravedad de las ejecuciones de Mussolini y Talât. La agresión en cuestión no tiene una entidad suficiente como para degradar a las víctimas, y no parece razonable considerar que su impunidad pueda conducir a una regresión civilizatoria.[96] No parece ser el caso y, aun si lo fuera, su carácter aislado impide predecir de manera generalizada ataques de venganza contra criminales masivos impunes, y mucho menos para fundar el castigo contra ellos.

Lejos de tomar el camino de la venganza y la violencia, las víctimas y el movimiento de derechos humanos en Argentina han sostenido incesantes y pacíficos reclamos de memoria, verdad y justicia, como las rondas de abuelas y madres de plaza de mayo o las movilizaciones anuales del 24 de marzo, entre otros. Una prueba contundente contra la asunción fáctica de ZAFFARONI es la campaña "Acá vive un genocida"[97] de la organización H.I.J.O.S. Tras años de impunidad, esta agrupación comenzó a realizar actos públicos de repudio frente a los domicilios de las personas señaladas como responsables de dichos crímenes como una forma de condenar socialmente los

[94] Esto fue incluso tomado en cuenta por el autor (ver ZAFFARONI, *supra* nota 16, p. 111), al afirmar que "[…] en América Latina se han cometido crueles genocidios que han quedado prácticamente impunes, sin que haya habido episodios de venganza masiva". Sin embargo, continúa sosteniendo que el castigo a criminales masivos debe ser justificado sobre la base de esa venganza.

[95] Véase al respecto, ALIBERTI, *Sin cura*, Página/12, 15/10/07; AZNÁREZ, *Una víctima de la dictadura argentina propina una paliza al capitán Astiz, acusado de torturador*, El País, 18/9/1995; MARZAL, *A veinte años de la piña a Astiz, el autor revive la historia*, Río Negro, 4/9/2015.

[96] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 34; ZAFFARONI, *supra* nota 23, pp. 487-488.

[97] BRAVO, "H.I.J.O.S. en Argentina. La emergencia de prácticas y discursos en la lucha por la memoria, la verdad y la justicia", *Sociológica – México*, vol. 27, n.º 76, 2012; Asimismo, véase GINZBERG, *Diez años de H.I.J.O.S*, Página/12, 17/04/2005; y CHIENTAROLI, *El escrache, de Argentina al mundo*, El País, 6/03/2003.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

crímenes impunes de la dictadura.[98] A contramano de lo que podría deducirse de la idea de venganza presentada por ZAFFARONI, desde hace más de quince años que se realizan este tipo de actos y no han existido agresiones directas contra los acusados de crímenes masivos, ni contra sus allegados o sus bienes. Aun sabiendo quiénes eran y dónde estaban los responsables de la muerte y desaparición de sus padres, los miembros de H.I.J.O.S. optaron por protestar pacíficamente pidiendo el "juicio y castigo" de los responsables de dichos crímenes. Desde la perspectiva del autor, un reclamo bajo esa consigna no solo no se orienta a dar un trato de enemigo a los acusados, sino que los reafirma como personas y fortalece de ese modo el estado de derecho.

La inexistencia de actos de venganza ha sido tal que, incluso, muchos criminales masivos participaron de la vida política del país mientras duró su impunidad. Por ejemplo, Antonio Bussi fue gobernador de la provincia de Tucumán entre 1995 y 1999, convencional de la Asamblea Nacional Constituyente de 1994 e intendente electo de San Miguel de Tucumán en 2003, aunque no pudo ejercer el último cargo por haber sido detenido. Otro caso similar es el de Luis Patti, condenado en 2011 por crímenes de lesa humanidad, quien en 2005 fue elegido como diputado nacional por la provincia de Buenos Aires, aunque no asumió porque la Cámara de Diputados rechazó su título de legislador por falta de idoneidad moral. Y muchos otros criminales masivos hoy condenados transitaron un largo período de impunidad en libertad y sin sufrir una sola agresión de parte de las víctimas.

Una situación similar se puede pensar respecto de los civiles que han sido acusados de colaborar —en algunos casos de manera decisiva— con los crímenes de la dictadura. Pese a la persistencia hasta el presente de un alto nivel de impunidad,[99] no se han conocido ataques contra empresarios, miembros del clero, políticos, sindicalistas, periodistas, o en general cualquier persona que hubiera colaborado con la dictadura militar, y sí, en cambio, existieron manifestaciones no violentas de organizaciones de derechos humanos contra su impunidad.[100] En

[98] BRAVO, *supra* nota 97.

[99] Hasta el primer trimestre de 2016 solo dos funcionarios judiciales y dos empresarios habían sido condenados (véase PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, *Informe estadístico: El estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina. A 40 años de del golpe, 10 años de justicia*, Buenos Aires, Procuración General de la Nación, 2016). A eso se debe sumar la condena del empresario Marcos Levín en 2016, las condenas dictadas contra funcionarios no militares y contra el capellán Christian von Wernich.

[100] Por ejemplo, la Asociación Madres de Plaza de Mayo realizó un "juicio público" contra medios de comunicación y periodistas ("Entre el archivo y la denuncia", Página/12, 30/4/2010); organizaciones de

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consecuencia, la asunción de ZAFFARONI en torno a la venganza privada contradice la experiencia argentina.

El autor se adelantó a esta potencial crítica y expresó que "[f]uera de los supuestos de 'tiranicidio', es decir, cuando el criminal ha perdido el poder, en muchos casos no ha tenido lugar la ejecución vindicativa porque las propias víctimas o sus deudos optaron por las vías legales, pero debe observarse que lo hacen, precisamente, para no caer ellos en la negación de la condición de persona del criminal, lo que los colocaría en su mismo nivel ético y […] deslegitimaría la lucha por la punición legal […]".[101] Entonces, ¿por qué propone justificar el castigo de criminales masivos sobre la base de un dato de la realidad que en verdad no es tal? El autor no ofrece razones para continuar sosteniendo un argumento de justificación del castigo que se basa, justamente, en la existencia de datos empíricos que no se verifican.

Las implicancias de seguir el argumento de justificación de ZAFFARONI parecen ser serias, pues conduce a considerar que las condenas por crímenes de lesa humanidad impuestas en Argentina no se encuentran justificadas, pues en ese entonces no existían amenazas de venganza privada que debieran ser prevenidas a través del castigo. En la misma línea, tampoco se justificaría en el futuro el castigo impuesto a los cómplices, partícipes o coautores civiles que aún siguen impunes, pues no hay hoy amenazas de venganza que deban ser prevenidas. Si, en cambio, se pensara que el castigo puede ser válidamente aplicado, eso debe basarse en una justificación diferente a la propuesta por el autor.

VII. Conclusión

A lo largo de este trabajo analicé el argumento que ZAFFARONI ofrece para justificar el castigo por crímenes de masa. Para ello, revisé inicialmente cuál es el alcance de la necesidad de

derechos humanos realizaron "escraches" o actos de repudio contra la empresa Ledesma y su principal propietario, Carlos Blaquier ("Escrache a Ledesma", Página/12, 9/8/2008; "Marcha y Escrache a Blaquier, Ledesma y el Poder Judicial", La Izquierda Diario, 17/7/2015); se realizaron actos públicos de repudio contra el actual titular del sindicato de la construcción, Gerardo Martínez, por su vinculación con el Ejército durante la dictadura y con la desaparición de afiliados a dicho gremio ("Escrache al titular de la UOCRA, Gerardo Martínez", La Voz del Interior, 1/9/2011); o el festival de repudio a la desestimación del pedido de destitución del Juez Pedro Hooft ("Un festival para repudiar la absolución del Juez Hooft", Infojus Noticias, 14/5/2014), entre otros.

[101] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 33, nota al pie n.° 19.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

justificación de castigo, con el fin de evaluar qué tipo de cuestiones debería responder un argumento que, como el de ZAFFARONI, pretenda decir que podemos válidamente castigar a alguien. Tras ello, presenté el argumento de ZAFFARONI para justificar el castigo en general, como herramienta de contención del poder punitivo, y luego su argumento de justificación del castigo por crímenes de masa.

Como he señalado, el autor justifica el castigo por crímenes masivos en virtud de su poder reductor de violencia. El castigo se justifica porque rescata a los criminales masivos de los actos de venganza de las víctimas, los cuales quedarían impunes en virtud de la pérdida de "eticidad" del derecho penal para sancionarlas, algo intolerable para el estado de derecho en la medida en que supondría deparar al criminal masivo un trato de enemigo. Tras ello, intenté demostrar que este argumento es utilitarista, al justificar la práctica en virtud del resultado positivo que arroja el cotejo de sus costos (la aplicación de violencia) y sus beneficios (prevenir la venganza privada y así evitar tratar al criminal masivo como enemigo).

Posteriormente, presenté dos tipos de críticas. El primer conjunto, de tipo normativo-filosófico, es una consecuencia del carácter consecuencialista del argumento de justificación. La primera se funda en que el argumento de ZAFFARONI permite en ciertas circunstancias, castigar a personas inocentes. La segunda de estas críticas indica que el argumento de ZAFFARONI no justifica en verdad el castigo, sino su apariencia. En tercer lugar, critiqué que el argumento justifica la impunidad de los criminales que lograron su impunidad gracias a la clandestinidad de los sistemas de terrorismo estatal en los que operaron.

El segundo conjunto de críticas se funda en la falta de apoyo empírico. Si bien el autor hace especial énfasis en la necesidad de incorporar elementos del *ser* en las discusiones sobre la justificación del castigo, fracasa a la hora de incorporarlos a su argumento de justificación. No ofrece prueba empírica sobre la existencia de la venganza privada, ni sobre la aptitud del castigo para prevenirla. Además, sus afirmaciones contrastan con la inexistencia generalizada de actos de este tipo en las épocas de impunidad de los crímenes cometidos por la dictadura argentina. Asimismo, el argumento conduce a considerar que las condenas impuestas en Argentina por crímenes de lesa humanidad no estarían justificadas en virtud de la inexistencia de venganza privada.

Por todas esas razones, considero que el argumento de tipo utilitarista presentado por ZAFFARONI no logra justificar el castigo por crímenes masivos, tanto desde el plano normativo-

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

filosófico como desde el empírico. La falta de apoyo fáctico antes señalada convierte al argumento en puramente normativo, y como tal adolece de los problemas de fundamentación antes señalados. No ha sido el objetivo de este trabajo dilucidar qué argumentos sí logran justificar adecuadamente el castigo, y solo me limitaré a señalar que los argumentos retributivos no son pasibles de las críticas antes señaladas —aunque sí de otras objeciones—, y que los enfoques comunicativos del castigo[102] se presentan como una alternativa interesante a los argumentos consecuencialistas y retributivistas clásicos. En cualquier caso, en este ensayo me limito a concluir que de considerar que el castigo de los crímenes de masa puede ser impuesto justificadamente, eso debe responder a un argumento distinto al modelo de costos y beneficios aquí analizado.

VIII. Bibliografía

ALIBERTI, Eduardo, *Sin cura*, Página/12, 15/10/07, disponible online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

AZNÁREZ, Juan Jesús, *Una víctima de la dictadura argentina propina una paliza al capitán Astiz, acusado de torturador*, El País, 18/9/1995, disponible online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018]

BEADE Gustavo/LORCA, Rocío, "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social", en *Isonomía*, n.° 47, 2017, pp. 135-164.

BENTHAM, Jeremy, "The Utilitarian Theory of Punishment", en TONRY (ed.) *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 51-70.

BERMAN, Mitchel, "Castigo y Justificación" (traducción de Julia de la Parra y Marcelo Ferrante), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 8, 2007.

BÖHM, María Laura, "Los crímenes de Estado la complicidad civil y el sistema punitivo" en *En Letra Derecho Penal*, año 1, n.° 1, 2015, pp. 8-18.

BRAVO, Nazareno, "H.I.J.O.S. en Argentina. La emergencia de prácticas y discursos en la lucha por la memoria, la verdad y la justicia", *Sociológica – México*, vol. 27, n.° 76, 2012.

[102] Véase al respecto, DUFF, *supra* nota 15.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CHIENTAROLI, Natalia, *El escrache, de Argentina al mundo*, El País, 6/03/2003, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

DUFF, Antony, *Punishment, Communication and Community*, New York, Oxford University Press, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero), Madrid, Trotta, 2014, pp. 331-336.

FERRANTE, Marcelo, "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis/SPECTOR, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2015, edición online, p. 2088 [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social,* Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

— "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad", Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2010, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

— "La tarea del juez y los límites del minimalismo penal" en ÍDEM, *Castigar al Prójimo. Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 31-57.

GINZBERG, Victoria, *Diez años de H.I.J.O.S*, Página/12, 17/04/2005, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

HART, H. L. A., "Prolegomenon to the Principles of Punishment" en ÍDEM,, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 1-27.

HUSAK, Douglas, "A Framework for Punishment: What is the Insight of Hart's 'Prolegomenon'" en PULMAN, Chris (ed.), *Hart on Responsibility*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 91-108.

INFOJUS NOTICIAS, "Un festival para repudiar la absolución del Juez Hooft", Agencia Nacional de Noticias Jurídicas, 14/5/2014, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

MARZAL, Daniel, *A veinte años de la piña a Astiz, el autor revive la historia*, Río Negro, 4/9/2015, disponible online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

MURPHY, Jeffrie G., "Marxismo y retribución", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 17, 2016.

NINO, Carlos S, Ética y Derechos Humanos, Astrea, Buenos Aires, 2012.

PAGÉS, Gloria, "Marcha y Escrache a Blaquier, Ledesma y el Poder Judicial", La Izquierda Diario, 17/7/2015, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

PRIMORATZ, Igor, "Punishment as Language", en *Philosophy,* vol. 64, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 187-205.

PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, *Informe estadístico: El estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina. A 40 años de del golpe, 10 años de justicia*, Buenos Aires, Procuración General de la Nación, 2016, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

RAWLS, John, "Two Concept of Rules", en *The Philosophical Review,* vol. 64, n.° 1, 1955, pp. 3-32.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", en *Análisis Filosófico*, vol. 35, n.° 2, 2015.

SMILANSKY, Saul, "The time to punish", en *Analysis*, vol. 54, n.° 1, 1994, pp. 50-53.

TIMMONS, Mark, *Moral Theory. An Introduction*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

VALES, Laura, "Entre el archivo y la denuncia", Página/12, 30/4/2010, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2009.

— *La palabra de los muertos,* Buenos Aires, Ediar, 2011.

— *Crímenes de masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

— *El enemigo en el Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2012.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

— *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Notas sin firma,

— "Escrache a Ledesma", Página/12, 9/8/2008, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

— "Escrache al titular de la UOCRA, Gerardo Martínez", La Voz del Interior, 1/9/2011, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/