

Lecciones y Ensayos, Nro. 99, 2017

FERNÁNDEZ FIKS, Tomás, “¿Retribucionismo solo para delitos de lesa humanidad?”, pp. 247-267

¿RETRIBUCIONISMO SOLO PARA DELITOS DE LESA HUMANIDAD?*

TOMÁS FERNÁNDEZ FIKS**

Resumen: En el presente trabajo sostendré que las decisiones de tribunales penales tanto internacionales como locales que han condenado a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, desde Núremberg hasta el presente, encuentran su mejor justificación en una teoría del castigo retribucionista. Para establecer ello, tengo en cuenta: i) el lenguaje de dichas decisiones; ii) la inadecuación de otras teorías justificatorias del castigo; iii) el valor justificatorio de nuestras intuiciones morales en cuanto a que castigar a los responsables de estos crímenes es hacer lo correcto. Una vez establecido el vínculo entre la teoría retribucionista y el castigo de los autores de delitos de lesa humanidad, sostengo que el retribucionismo debería justificar el castigo de todos los delitos, basándome para ello en la necesidad de resguardar la igualdad entre las víctimas.

Palabras clave: justificación del castigo – retribucionismo – delitos de lesa humanidad

Abstract: In this paper I will hold that the decisions of both international and domestic criminal courts through which perpetrators of human rights abuses have been punished find their best justification in the theory of retributivism. To make this claim, I look at i) the language of those decisions, ii) the inapplicability of other justifications of punishment, iii) the value of our moral intuitions regarding the correctness of punishing human rights violations' perpetrators. Once established the link between retributivism and punishment of the authors of crimes against humanity, I will sustain that retributivism should be defended for all crimes, arguing that this is the only way to preserve equality among victims.

* Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología para Estudiantes y Jóvenes Graduados.

** Abogado, Universidad Nacional de Mar del Plata; LL.M., Columbia Law School.

Keywords: justification of punishment – retributivism – crimes against humanity

I. LOS JUICIOS DE NÚREMBERG. JUSTIFICACIONES DEL CASTIGO RIVALES

En el segundo día de los juicios de Núremberg, el Fiscal Jefe Robert Jackson (Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos) se dirigió al tribunal con el siguiente comentario: “[e]n el banco de los prisioneros se sientan veinte hombres rotos. Reprochados por la humillación de quienes han liderado, casi tan amargamente como por la desolación de aquellos a quien han atacado, su capacidad personal para el mal ha quedado para siempre en el pasado. Es difícil ahora percibir en estos prisioneros el poder con el cual, como líderes Nazis, dominaron gran parte del mundo y lo aterrizaron casi por completo. Su destino como meros individuos es de poca consecuencia para el mundo [...] Lo que hace a este juicio significativo es que estos prisioneros representan influencias siniestras que perdurarán en el mundo mucho después que sus cuerpos hayan regresado al polvo [...] La civilización no puede negociar con las fuerzas sociales que ganarían renovada fuerza si actuamos de manera ambigua o indecisa con los hombres en quienes esas fuerzas hoy sobreviven precariamente”.¹

De las palabras de Jackson uno puede extraer la idea de que las acciones de los hombres que enfrentaban el juicio habían sido tan terribles que no admitían otra respuesta que no fuera el castigo. Cualquier obstáculo legal o práctico (y habían muchos, desde preocupaciones acerca de la falta de legitimidad del tribunal a dificultades probatorias para acreditar la responsabilidad de los enjuiciados) debían ser puestas a un lado, o simplemente superadas, por la determinación de que había que hacer justicia.

El párrafo citado sugiere que los acusados en los Juicios de Núremberg, en el estado en que se encontraban al momento de su juzgamiento, no representaban una amenaza significativa para la humanidad luego de la Segunda Guerra Mundial. Habían perdido toda su influencia y

1. ROBERT H. JACKSON CENTER, *Nuremberg Day 2 - Justice Robert H. Jackson's Opening Statement*, Nuremberg, 1945, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=L50OZSeDXeA>] el 13/10/2008.

poder, y en caso de que fueran absueltos, hubieran vagado el resto de sus vidas en un mundo que ya no los recibía. La incapacitación de estos hombres, entonces, no podía ser la principal fuerza justificatoria detrás de su castigo.

La rehabilitación parecería un candidato aún menos probable. Después de todo, los imputados no eran adolescentes inmaduros en busca de guía institucional ni pacientes psiquiátricos necesitados de tratamiento médico. Eran, más bien, adultos bien educados cuya visión moral del mundo era compatible con llevar a cabo los crímenes que habían cometido. No solo la rehabilitación no pareciera posible; incluso si lo fuera, es improbable que la sociedad de la posguerra hubiera estado dispuesta a aceptar a esos individuos como miembros de la comunidad.

La prevención podría considerarse como una posible alternativa: es decir, la idea de que si a estos hombres les fuera permitido seguir con sus vidas como si nada, potenciales criminales de guerra futuros no contarían con un fuerte incentivo para abstenerse de perpetrar crímenes contra la humanidad. Esto, también, suena un poco descabellado. Los tipos de crímenes que fueron juzgados son tan específicos –tan dependientes de un conjunto particular de circunstancias sociales y políticas– que su reproducción parece casi inimaginable, incluso ante la no ocurrencia del castigo de los perpetradores. Sería cuanto menos forzado sostener que la causa principal por la que no ha habido un número mayor de tragedias como el Holocausto es que los criminales Nazis fueron juzgados terminada la Segunda Guerra Mundial. Uno podría pensar, al menos de manera plausible, que el derecho penal tiene *cierto* efecto preventivo sobre la población. Si el hurto no fuera un delito, la gente probablemente tendría menos reparos a la hora de tomar alimentos del supermercado sin pagar por ellos (aunque mi intuición es que la mayoría de los ciudadanos, por otros motivos, seguiría absteniéndose de robar). Pero sostener que el efecto preventivo de la pena es efectivo en el ámbito de los delitos de lesa humanidad pierde el foco sobre por qué esos crímenes ocurrieron en primer lugar. Nino señaló, con su claridad habitual, la relación que debe existir entre el efecto preventivo de la pena y las causas que motivaron los delitos que se pretende juzgar: “[e]n mi concepción, estos cuatro fenómenos (dualismo ideológico, corporativismo, anomia y concentración de poder) construyen el escenario para las violaciones masivas de derechos humanos perpetradas por el gobierno militar luego de 1976. El intento de castigar tales abusos luego de 1983 debe ser concebido como parte de una estrategia más general de contrarres-

tar estas tendencias”.² En otras palabras, ausentes los variados factores que permitieron que ocurran fenómenos tales como el surgimiento del nazismo en Alemania o el golpe de estado en nuestro país, tiene poco sentido pensar que el castigo penal de los perpetradores se vuelve una condición necesaria para garantizar la no repetición de dichas tragedias.

Volviendo a las palabras de Jackson, parece que la razón por la cual los Juicios de Núremberg tuvieron lugar –y su mejor justificación– es que los perpetradores *merecían ser castigados*.

La mejor explicación acerca de qué era lo que los juicios buscaban es la idea kantiana de que incluso en una sociedad que está a punto de desmantelarse (el ejemplo de Kant es una sociedad isleña que está a punto de disolverse y abandonar la isla), el último homicida debería ser sacrificado porque lo merece, incluso si ningún bien posterior será alcanzado.³

El retribucionismo, entendido como la teoría que proclama que el castigo del culpable es un bien intrínseco, es entonces la justificación del castigo que se ajusta de manera más natural a la persecución penal de criminales de guerra, sobre todo una vez que los regímenes que aquellos lideraban ya han perdido el poder: ellos deben ser castigados porque lo merecen, y al castigarlos el valor justicia se materializa.

La relación entre retribucionismo y el castigo de los perpetradores de los peores crímenes que la humanidad ha visto una calle de doble sentido. Como he venido sugiriendo, una vez que descartamos cualquier otra posible justificación del castigo, llegamos a la conclusión de que la verdadera razón por la cual consideramos apropiado, e incluso obligatorio, que este tipo de criminales sean castigados, se apoya en el concepto de merecimiento moral: es decir, se trata de una justificación retribucionista. Podemos conceptualizar dicha relación comenzando por la práctica (los Juicios de Núremberg) y de allí en adelante pensar en qué teoría del castigo puede proveer la mejor justificación para esa práctica, como he hecho en los párrafos que anteceden, esto sería un ejercicio *reconstructivo*. Pero también uno podría tomar el camino opuesto: podría comenzar pensando abstractamente acerca de cuál es la mejor justificación del castigo, y una vez embarcado en esa investigación teórica, referirse a una práctica concreta para

2. NINO, C. S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015, p. 114.

3. MOORE, M., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 155.

ilustrar su punto. Esta segunda ruta es comúnmente tomada por los filósofos del castigo, y no debería resultar sorprendente que así sea. John Kleinig, por ejemplo, nos pide que imaginemos, dejando de lado consideraciones consecuencialistas, qué mundo sería mejor: uno en que los criminales de guerra Nazis viven felices por el resto de su vida, o uno en el cual sufren como resultado de las atrocidades cometidas.⁴ Existe entonces una correlación fuerte entre el castigo de los perpetradores de violaciones de derechos humanos y la teoría retribucionista: aquel es la instancia paradigmática —la ramificación más clara— de esta.

La adopción del retribucionismo por parte de lo que podríamos llamar la rama del derecho penal internacional que se ocupa del deber de castigar las violaciones de derechos humanos pasadas no solo es evidente a través de nuestra reflexión analítica; también se ha referido de manera específica a esta justificación del castigo en los instrumentos legales relevantes. En este sentido, George Fletcher nos recuerda que: “[l]a evitación de la impunidad (el fenómeno de los perpetradores saliéndose con la suya con sus crímenes) se ha convertido en un motivo fundamental para la persecución penal en los años recientes. El Estatuto de la Corte Penal Internacional de carácter permanente cita esta preocupación en su preámbulo:

‘Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes [...]’⁵

Fletcher luego señala que el argumento retribucionista (“poner fin a la impunidad”) tiene prioridad léxica por sobre el argumento preventivo (“prevención de nuevos crímenes”). Este lenguaje es consistente con la teoría retribucionista moderna, como la desarrollada por Michael Moore⁶ que sostiene que cualquier consecuencia beneficiosa que el castigo pueda traer aparejada, como la prevención efectiva, la inhabilita-

4. KLEINIG, J., “Punishment and Desert”, y BERMAN, M., “Punishment and Justification”, en *Ethics*, n° 2, Vol. CXVIII, 2008, p. 270.

5. FLETCHER, G., “The place of Victims in the Theory of Retribution”, en *Buffalo Criminal Law Review*, n°1, Vol. III, 1999, pp. 60-61.

6. MOORE, M., ob.cit.

ción de sujetos peligrosos, etc., son bienvenidos efectos secundarios del castigo, pero que no son lo que justifica su imposición. Más bien, lo que justifica castigar a los perpetradores es que merecen ser castigados. La teoría retribucionista tiene así implicancias liberales: a diferencia de lo que ocurre con las teorías utilitaristas, preocupadas por la maximización de la utilidad, no puede nunca estar justificado castigar a alguien que no ha hecho nada moralmente objetable, por la simple razón de que esa persona no merece ser castigada. Tampoco se admite, desde una mirada retribucionista, castigar a alguien más severamente de lo que exige la proporcionalidad con el acto cometido, aun en el caso de que el castigo desproporcionado pudiera traer un mejor estado general de cosas (aunque quizás los *rule utilitarians* podrían sostener que esta exigencia es consistente con su filosofía en la medida que un estado de cosas no podría ser mejor en general si el criterio de lo bueno está constituido en parte por tener una práctica que respete el castigo proporcional. Teniendo esta objeción en mente, Michael Moore sostiene que el retribucionismo no debe necesariamente ser también deontológico, ya que el retribucionismo y el consecuencialismo no son incompatibles).⁷

La relevancia del principio retribucionista en el ámbito de la persecución penal de los perpetradores de delitos contra la humanidad no se agotó en Núremberg, sino que se fue profundizando desde aquel momento a la actualidad, como se verá a continuación.

II. RETRIBUCIONISMO EN LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES. *GELMAN V. URUGUAY*

Tomaré ahora el caso “Gelman v. Uruguay”⁸ decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 24 de febrero de 2011. En este, la Corte falló en contra de Uruguay, sosteniendo que las leyes uruguayas de 1986 que prohibían la persecución penal de los perpetradores de los crímenes cometidos durante la dictadura militar eran contrarias al derecho internacional. Interesantemente, las leyes cuestionadas habían sido reafir-

7. MOORE, M., ob. cit.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

madras a través de un referéndum popular, no solo una, sino dos veces. Sin embargo, la Corte entendió que Uruguay había violado la Convención Americana de Derechos Humanos al sancionar dichas leyes, ya que los estados tienen la obligación de castigar a aquellos responsables de violaciones de derechos humanos. En este sentido la Corte expresó:

“188. La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no solo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

190. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.”

El lenguaje de la Corte, como muestran los fragmentos citados anteriormente, es contundente en establecer que los estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen un *deber* de castigar a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, y que las víctimas y sus familiares tienen un correlativo derecho a exigir que esos perpetradores sean perseguidos (volveré luego a este argumento basado en las víctimas).

El fallo ha sido criticado con el argumento de que ha ido más allá del significado literal de la Convención –al afirmar que la persecución penal es la única forma admisible de lidiar con los violaciones de derechos humanos pasadas, cuando en realidad el lenguaje de la Convención es mucho

más amplio— y por su carácter fuertemente anti-democrático, al ignorar la voluntad del pueblo uruguayo expresada en los dos *referéndum*.⁹

Cualquiera sea el mérito de esas críticas, lo que es claro es que la decisión en “Gelman v. Uruguay” no es marginal en el campo del derecho penal internacional, sino un fallo perfectamente consistente con la evolución de ese campo del derecho desde Núremberg hasta el presente. Como he venido sosteniendo, creo que la única forma de comprender ese deber categórico de castigar que es tan fundamental que no puede ser anulado por la voluntad mayoritaria de un pueblo manifestada a través de mecanismos democráticos, es aceptando una justificación del castigo retribucionista.

En lo que sigue analizaré, de manera consistente con los casos hasta aquí reseñados y en apoyo a mi defensa del retribucionismo, las particularidades del fenómeno argentino.

III. EL RETRIBUCIONISMO EN LOS TRIBUNALES LOCALES. LOS JUICIOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA

Finalizada la dictadura militar, el recientemente electo gobierno popular de Raúl Alfonsín se encontró con la difícil tarea de decidir cómo lidiar con las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen anterior.

Como es sabido, Carlos Nino fue una de las principales figuras en un equipo de intelectuales que asesoraron al presidente en el diseño de una política efectiva que pudiera lograr responsabilizar a los perpetradores sin poner en peligro la flamante y frágil democracia. Varias cuestiones políticas debían ser cuidadosamente balanceadas: por un lado, las víctimas y sus familiares exigían investigación y castigo de toda persona que había estado involucrada en los crímenes cometidos a través del aparato estatal; por otro lado, los militares —que para ese entonces todavía conservaban un poder considerable— amenazaban con otro golpe de estado frente a la posibilidad de ser perseguidos penalmente de manera ilimitada. Por ende, desde una perspectiva práctica, la forma en que el nuevo gobierno lidiase con los perpetradores debía ser lo suficientemente dura como para evitar

9. GARGARELLA, R., *Castigar al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 91-127.

cualquier cargo de complicidad con los crímenes de la dictadura por parte de las víctimas y la sociedad en general, pero también lo suficientemente moderada para no poner en peligro la frágil estabilidad democrática.

Estas preocupaciones fueron sistemáticamente abordadas por Nino en su libro *Juicio al Mal Radical*.¹⁰ En este, trató de desarrollar una teoría del castigo coherente que pudiera integrar las varias demandas que tenían lugar en ese particular momento de la historia argentina. Nino rechazaba el retribucionismo, no solo por razones filosóficas (ya que, al igual que otros autores¹¹ pensaba que la imposición deliberada de sufrimiento a otro ser humano no puede ser considerada un bien intrínseco y por ende el castigo debe necesariamente ser justificado apelando a algún otro bien distinto del castigo en sí mismo), sino también por razones prácticas, dado que creía que castigar a *todos* los que hubieran participado de alguna forma en los actos ilegales de la dictadura no era siquiera materialmente posible.

La teoría resultante fue de naturaleza consecuencialista: los juicios por violaciones de derechos humanos tendrían un efecto preventivo general y promoverían un tipo de deliberación pública no disponible a través de otros medios.¹² A los efectos de contrarrestar la clásica objeción kantiana contra las teorías consecuencialistas que sostiene que estas violan la dignidad del acusado al tratarlo como un medio para un fin (puesto de manera simple, la objeción sostiene que las teorías consecuencialistas operan bajo el razonamiento “te castigo *a ti* para lograr ciertas consecuencias deseables”), Nino desarrolló su teoría del “consentimiento”, según la cual los acusados habían consentido –y por ello no podían objetar– ser castigados, pues sabían que sus acciones eran antijurídicas bajo el régimen legal que existía en el momento que ilegalmente tomaron el poder.¹³

Además, Nino sostenía que los juicios ayudarían a las víctimas a recuperar su auto respeto, pero no consideraba que este aspecto fuera una forma especial de retribucionismo “dado que el mal que ellas sufrieron no se neutraliza por el mal sufrido por los agresores”.¹⁴ Al no tener que cumplir con el imperativo retribucionista de castigar a todos los responsables, la teoría

10. NINO, C. S., ob. cit.

11. Por ejemplo, véase SCANLOT, T., “Punishment and the Rule of Law”, en TONRY, M. (ed.), *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

12. NINO, C. S., ob. cit., pp. 215-216.

13. *Ibid.*, p. 231.

14. *Ibid.*, p. 236.

de Nino permitía al presidente Alfonsín diseñar una política de persecución penal selectiva (incluyendo solo a los oficiales de alta jerarquía), y así evitar una nueva revuelta militar. Esta arquitectura teórica terminó siendo plasmada en el Juicio a las Juntas de 1985, que tuvo lugar contra los nueve oficiales militares de las primeras tres juntas.

Aunque resulta admirable el esfuerzo puesto por Nino en crear un marco filosófico que pudiera obrar como ideal regulativo del juicio que se terminó llevando a cabo (juicio que, cabe remarcar, fue un hito histórico en términos de juzgamiento de oficiales de un gobierno pasado *por su propio pueblo, y a través de sus instituciones judiciales naturales*), creo que en todo caso sus argumentos prácticos en contra de la adopción de un ideal retribucionista tenían cierto peso, pero no así los argumentos filosóficos.

En cuanto a los argumentos de naturaleza filosófica, entiendo que quienes se oponen al retribucionismo bajo la base de que el sufrimiento humano nunca puede ser algo bueno en sí mismo, como si ello fuera un dato autoevidente de conocimiento moral (posición ilustrada por la famosa definición de Hart: “[...]pareciera existir una misteriosa pieza de alquimia moral en la cual la combinación de los males corrupción moral y sufrimiento son convertidos en un bien[...]”)¹⁵ desestiman demasiado rápido la noción de que, ante determinadas circunstancias, la imposición de sufrimiento a quien lo merece *sí* puede ser un bien. La literatura a favor de dicha postura es extensa y los argumentos, que aquí no pueden ser desarrollados con extensión, van desde el valor del resentimiento como manifestación de auto respeto de la víctima (Jeffrie Murphy), al rol que cumplen nuestras intuiciones más comunes como indicadores de verdad moral (Michael Moore) hasta la indisolubilidad que existe entre las actitudes reactivas que adoptamos frente a quienes nos ofenden y la naturaleza humana (Peter Strawson).

Más allá de las ventajas del retribucionismo en el plano normativo – lo cual llevaría otro artículo entero– me interesa remarcar en lo siguiente cómo a lo largo de los años que le siguieron al Juicio a las Juntas, un ideal retribucionista fue eventualmente adoptado por los tribunales argentinos (es decir, paso ahora a un análisis descriptivo).

15. HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 234.

Una vez consolidada la democracia y desaparecidas las dificultades prácticas enfrentadas por el gobierno de Alfonsín, una política penal de carácter retribucionista fue adoptada y asumida como la correcta, jurídica y moralmente, por los actores jurídicos (en los que incluyo a los tribunales locales y a los internacionales, como ilustra el caso Gelman) y la sociedad en general.

Para ver con mayor claridad este punto corresponde hacer un breve repaso histórico. Luego del Juicio a las Juntas, el Congreso durante la presidencia de Alfonsín sancionó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, en 1986 y 1987 respectivamente, que bloquearon la persecución penal de los crímenes de la dictadura. Sumado a ello, los militares que habían sido condenados en el Juicio a las Juntas fueron indultados por el presidente Menem mediante una serie de indultos sancionados en 1989 y 1990. Un período de impunidad tuvo entonces lugar, en contra de la demanda de los grupos de víctimas y de una gran parte de la sociedad, pero no duraría demasiado.

En el fallo “Simón”, del 2005, la Corte Suprema invalidó las leyes que impedían la persecución penal de los crímenes de la dictadura, las cuales habían sido, además, derogadas por el Congreso. Tomando como norte el caso “Barrios Altos” decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema resolvió que las leyes en cuestión violaban la obligación que Argentina tiene bajo el derecho internacional de investigar, perseguir, y eventualmente castigar delitos de lesa humanidad.

Luego de “Simón”, los juicios se reanudaron y continúan hasta el día de hoy. Estos procesos fueron originariamente impulsados bajo una política estatal de memoria y justicia, y son apoyados por una gran parte de la sociedad. Lo que me interesa destacar aquí respecto de estos juicios de segunda generación es que se produjeron casi veinte años después de que los hechos delictivos ocurriesen, en un contexto político y social completamente distinto, y en contra de individuos que ya no poseen el poder que alguna vez tuvieron.

En contraste con la delicada situación que Alfonsín tuvo que enfrentar, estos juicios se desarrollan en el marco de una democracia afianzada con respeto a la regla del derecho, en tiempos de paz interna. Las divisiones políticas que alguna vez permearon a la sociedad argentina, aunque no completamente desaparecidas, ya no se manifiestan a través de medios violentos. El ejército ha perdido, como consecuencia de la dictadura, casi

todo su prestigio social y ha estado desfinanciado por años. La mayoría de los imputados son gente mayor ya retirada, muchos de los cuales llevan una vida familiar de bajo perfil. La idea de que ocurra un nuevo golpe de estado es tan remota que encaja mejor en una obra de ficción que en una predicción seria sobre el mapa político del futuro cercano. Los años de la dictadura son casi universalmente vistos como una página negra en la historia del país, y cada año una masiva marcha tiene lugar en espacios públicos para honrar el lema “Nunca más”.

¿Por qué, entonces, castigar a estos sujetos? Si el argumento de la prevención general no es demasiado persuasivo para justificar la persecución penal de crímenes de escala masiva, lo es todavía menos bajo las circunstancias particulares mencionadas en el párrafo anterior. La búsqueda de la verdad y la deliberación pública son objetivos importantes que justifican la inversión de recursos gubernamentales, pero seguramente podrían ser promovidos de alguna forma que no requiera enviar gente a la cárcel, especialmente cuando los reos superan los sesenta años de edad. La simple respuesta a este interrogante es que la idea de que las personas que utilizaron el aparato estatal para cometer terribles crímenes contra su propia gente –asesinando, violando, borrando a sus víctimas de la faz de la tierra sin dejar huellas– lleven una vida feliz sin haber sido castigadas es tan moralmente repugnante que no estamos dispuestos a tolerarla en el marco de una sociedad a la que le importa la justicia. Esta fuerte intuición refleja la proposición retribucionista central: aquellos que han cometido los peores crímenes imaginables merecen ser castigados, y el hecho de que sean castigados es un bien en sí mismo, incluso si de ello no fluyen otras consecuencias positivas.

Existe una variante a la postura kantiana clásica sobre la justificación del castigo retribucionista que pone el foco en las víctimas de los crímenes y por ende encaja perfectamente con la idea, expresada tanto en “Gelman” como en “Simón”, de que la víctima tiene un *derecho* a exigir que el estado investigue y castigue a los perpetradores. Esta teoría es desarrollada por Fletcher, quien readapta el argumento elaborado por Hegel de un modo que integra a la víctima. Según Hegel, la comisión del delito niega el valor de la norma que prohíbe la conducta delictiva en cuestión. El castigo niega el valor de la negación de la norma (esto es, del acto delictivo) y consecuentemente afirma el valor de la norma. En la adaptación de Fletcher, el valor de la víctima es negado por la relación de dominación que nace entre la víctima y el perpetrador como resultado del crimen. Al castigar al perpe-

trador, la relación de dominación es negada y la igualdad entre víctima y perpetrador es restablecida.¹⁶

En este sentido, Fletcher dice que “[u]na función primaria del castigo es, entonces, expresar solidaridad con la víctima. Es una forma de decirle a la víctima y su familia: ‘No estás sola. Estamos contigo, en contra del victimario’ [...]. El fracaso en castigar implica la perpetuación de la dominación del victimario sobre la víctima. Cuando la sociedad falla en castigar, se vuelve cómplice de este estado de servidumbre y dominación”.¹⁷

Hasta ahora he tratado de demostrar que la principal fuerza justificatoria detrás de la persecución penal de violaciones de derechos humanos pasadas es el retribucionismo. De aquí en adelante exploraré las implicaciones que tiene esta tesis para el resto de los casos cubiertos por el derecho penal. Una postura posible sería pensar que los delitos de lesa humanidad constituyen una categoría especial de ofensas cuyos autores pueden ser justificadamente castigados en términos retribucionistas, pero que los autores de otro tipo de delitos –más comunes y menos serios– no pueden ser castigados con fundamento exclusivamente retribucionista. Argumentaré lo contrario, sobre la base de que la propuesta justificatoria debería plantearse “de arriba para abajo”, comenzando con los peores tipos de crímenes y desde allí extendiéndose a ofensas menos graves.

Desde mi punto de vista, la diferencia relevante entre los delitos de lesa humanidad y los delitos comunes se refleja en la severidad del castigo que debe imponerse a sus autores (siguiendo un análisis retribucionista de proporcionalidad). La magnitud del mal desplegado en los delitos de lesa humanidad puede justificar, sobre la base del merecimiento moral, un castigo más severo. Pero la diferencia entre este tipo de delitos y los delitos ordinarios no es más que una diferencia cuantitativa en el grado de castigo merecido: no es una diferencia cualitativa. Si fuera del modo contrario, las víctimas de los delitos comunes afrontarían una ofensa a su igualdad con las víctimas de delitos de lesa humanidad. Volveré luego sobre este punto.

Para explorar qué consecuencias tiene la adopción de una postura retribucionista para el castigo de los delitos de lesa humanidad en la teoría del castigo penal en general, analizaré las posiciones que han sido adopta-

16. Véase FLETCHER, G., *The place of victims...*, ob. cit.

17. FLETCHER, G., *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1995, p. 203.

das por dos de los pensadores vernáculos más trascendentales en el ámbito del derecho penal.

IV. ¿RETRIBUCIONISMO PARA TODOS LOS DELITOS?

En su Manual de Derecho Penal,¹⁸ Eugenio Zaffaroni, quizás el penalista argentino más reconocido, desarrolla su teoría “agnóstica” de la pena. Conforme esta, el castigo no tiene una justificación válida: no previene futuros delitos, no puede rehabilitar a los delincuentes, no promueve la justicia, y no cumple ninguna función comunicativa. Básicamente, el castigo penal es una práctica injustificada inherente en la configuración de los estados modernos. En todas las sociedades existe una pulsión punitiva latente: cuando esta es efectivamente controlada, se manifiesta en la forma de castigo penal institucionalizado. Si no es controlada, la pulsión puede derivar en un genocidio.

En este marco, el rol de los jueces penales es administrar el (inevitable) poder punitivo de la manera más racional posible. Ellos están a cargo de “filtrar” la pulsión punitiva para que no se desborde. En este esquema, el castigo nunca está justificado –ni siquiera en los casos en que los jueces *deben* imponerlo– pero, aun así, esta es la mejor forma de controlar el poder estatal, que de otro modo se vería desatado. El razonamiento es el siguiente: ya que los jueces no pueden hacer desaparecer por completo la pulsión punitiva, deben tratar de limitar su aplicación de la mejor manera posible. En esta tarea de filtro, los jueces deben ponderar el impacto real de sus decisiones: el poder de los medios, por ejemplo, puede influenciar la opinión pública en contra de un juez excesivamente “garantista” y poner en marcha una oleada punitivista, por lo cual el juez debe tener en cuenta esta posibilidad al analizar, globalmente, cómo contener el poder punitivo de manera más efectiva.

Encuentro a esta teoría problemática en varios aspectos. En otro lado he desarrollado con más detalle el argumento de que las teorías del castigo no retribucionistas generalmente no respetan el principio kantiano que pro-

18. ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Derecho Penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

híbe la utilización de las personas como meros medios para lograr un fin.¹⁹ En este aspecto, la teoría de Zaffaroni brinda uno de los ejemplos más claros de una justificación del castigo que viola dicho principio. Imaginemos la explicación que un juez penal sincero debería darle a la persona a quien acaba de mandar a la cárcel, según la teoría de Zaffaroni: “bueno, este castigo que le estoy imponiendo no tiene en verdad ninguna razón de ser, pero debo necesariamente proceder de esta manera porque mi tarea es mantener el nivel de poder punitivo más o menos estable en el marco de la sociedad en general”. Dicha explicación violaría la dignidad del condenado, en tanto está siendo utilizado como un instrumento para lograr un fin.

Además del punto anterior, existe otro aspecto problemático en la filosofía de Zaffaroni que la vuelve internamente inconsistente: su defensa del retribucionismo cuando se trata de castigar violaciones de derechos humanos pasadas.

Tanto en su obra teórica como en sus fallos como juez de la Corte, Zaffaroni ha sostenido una posición punitivista frente a los delitos de lesa humanidad, argumentando que, frente a este tipo de crímenes, al resultar excepcionales por ser más graves que los delitos ordinarios, son apropiadas ciertas respuestas que no estarían justificadas para el común de los delitos. Esta diferencia cualitativa entre la forma en que los delitos comunes y los delitos de lesa humanidad deben ser tratados está basada en un argumento retribucionista (aunque el autor no se haga cargo explícitamente de ello). En un famoso intercambio con Carlos Nino, Zaffaroni dejó asentada su postura en los siguientes términos: “[e]n cuanto al genocidio, creo que nadie afirma seriamente que si Europa no sigue hoy a otro Führer es debido al efecto preventivo general de Nürenberg. Me parece que la cuestión es otra: cuando nos hallamos frente a conflictos tan aberrantes que por su magnitud y brutalidad no tienen solución ¿quién puede reprochar que se inflija un dolor a los pocos causantes que se ponen al alcance del reducido poder punitivo?”²⁰

Cuando unimos las dos partes de la teoría de Zaffaroni (esto es, su teoría agnóstica de la pena y su posición retribucionista frente a los delitos de lesa humanidad) la inconsistencia se vuelve manifiesta. Gargarella ha

19. FERNÁNDEZ FIKS, T., “Retribucionismo y el principio de no utilización de las personas como medios”, en *En Letra - Derecho Penal*, vol. IV, 2017.

20. Citado en GARGARELLA, R., ob. cit.

señalado correctamente que la postura agnóstica sobre el castigo debería lógicamente descartar la posibilidad de justificar el castigo aun en los delitos de lesa humanidad: “[...] la consistencia interna propia de la visión penal de Zaffaroni podría, simplemente, bloquear la justificación del castigo, aun para estos casos extremos. Esto es así si tenemos en cuenta que su concepción i) considera ilegítimo el poder punitivo; ii) reconoce siempre una grave irracionalidad en el accionar del aparato penal; y iii) entiende que la función del derecho penal es reducir o contener esa pulsión punitiva –encarrilar la venganza, según veíamos–”.²¹

Gargarella sostiene entonces que las posiciones contradictorias de Zaffaroni en cuanto a los delitos comunes y los delitos de lesa humanidad sufren de una misma falencia, a saber, que son producto de una mirada elitista y excluyente que deslegitima cualquier intervención democrática sobre el contenido y el alcance del derecho penal. Contra esta postura, Gargarella defiende una teoría republicana del castigo, que “preocupada por la autodeterminación y la integración social quiere que las normas que rijan en la comunidad sean escogidas por esa misma comunidad”.²²

Aunque los argumentos de Gargarella son persuasivos, entiendo que la forma adecuada de resolver la contradicción inherente en los escritos de Zaffaroni es extendiendo su posición con relación a los delitos de lesa humanidad al común de los delitos. Las razones de ello son principalmente dos: la primera es lógica y la segunda normativa. Desarrollaré cada una a continuación.

Primero, la idea de que *algunos* delitos son tan aberrantes que justifican una respuesta retribucionista, pero que el resto de los delitos no superan la barrera de repugnancia moral necesaria para justificar una respuesta similar, es muy difícil de defender. Uno podría decir que las violaciones a los derechos humanos o los delitos de lesa humanidad poseen ciertos rasgos diferenciales que los convierten en peores que los delitos ordinarios, como por ejemplo: el hecho de haber sido cometidos a través del aparato estatal (con la cobertura e inmunidad que ello implica); su carácter sistemático; estar dirigidos contra un sector de la población en particular en virtud de su raza o ideología; la desigualdad desproporcionada que existe entre la víctima (un individuo) y el victimario (el poder estatal

21. GARGARELLA, R., ob. cit., p. 53.

22. *Ibid.*, p. 35.

organizado), etc. Estas diferencias podrían justificar la adopción de algunas reglas procesales excepcionales, como la inaplicabilidad del instituto de la prescripción (toda vez que estos delitos generalmente solo pueden ser perseguidos después de que el gobierno que los cometió ha dejado el poder, lo cual puede llevar mucho tiempo) o el apartamiento de las reglas probatorias comunes (ya que los medios probatorios tradicionales pueden no estar disponibles por la propia acción de los perpetradores). Pero no se trata de diferencias categóricas que puedan justificar la adopción de dos teorías justificatorias del castigo hechas a medida, una retribucionista para las violaciones de derechos humanos y otra (cualquiera sea su contenido) para el resto de los crímenes.

Para ver esto más claramente solo hay que pensar en cualquiera de los terribles crímenes que lamentablemente aparecen diariamente en los medios: una mujer violada y asesinada, un hombre inocente fusilado por su auto, una pareja de ancianos matados a golpes. Si tenemos razones retributivas para castigar a los perpetradores de delitos de lesa humanidad, también tenemos razones retributivas para castigar a quienes cometen los delitos recién mencionados. De la misma forma que sentimos que los oficiales Nazis merecían ser castigados y nuestras intuiciones morales nos dicen que algo andaría mal si hubieran quedado impunes, lo mismo ocurre con los terribles crímenes que ocurren diariamente. La distinción entre los delitos de lesa humanidad y otros delitos no es entonces una distinción entre peras y manzanas, al menos cuando se trata de la justificación detrás del castigo de sus autores.

El segundo argumento tiene que ver con el respeto a la igualdad entre las víctimas (y quizás, en menor medida, entre los victimarios). Aquí vuelvo a la conceptualización del castigo de Fletcher como una muestra de solidaridad hacia la víctima: al castigar al victimario, la sociedad se une a la víctima en la reprobación de la acción inmoral a la cual fue sometida, restableciendo así la igualdad perdida entre la víctima y el victimario como resultado del crimen. En palabras de Fletcher: “[l]a existencia de la institución del castigo crea una oportunidad para contrarrestar el dominio del delincuente sobre su víctima. El fracaso en utilizar esta institución, permaneciendo pasivos cuando existe una oportunidad para actuar, sienta la base para que exista responsabilidad compartida”.²³

23. FLETCHER, G., *With justice for some...*, ob. cit., p. 203.

Ahora bien, si algunas conductas son castigadas bajo fundamento retribucionista (por ejemplo, aquellas que caen dentro del concepto de delitos de lesa humanidad), ello requiere que el resto de los crímenes sean castigados con el mismo fundamento. Por tanto, usando un ejemplo gráfico, los parientes de las personas que fueron asesinadas por miembros del Estado durante una dictadura y los parientes de las personas que fueron asesinadas en ocasión de un robo en un gobierno democrático y republicano tienen un idéntico derecho de naturaleza retribucionista a reclamar que el Estado investigue, persiga y castigue a los perpetradores de dichos crímenes. De lo contrario, las víctimas de los terribles crímenes que ocurren a diario y sus seres queridos podrían legítimamente quejarse de que su sufrimiento no es tomado en serio, y que el compromiso del Estado en castigar a sus victimarios no es tan fuerte como en los casos que constituyen delitos de lesa humanidad. Esto violaría la igualdad entre las víctimas, al transmitir el mensaje de que existen víctimas clase A y víctimas clase B.

Como he argumentado, la consistencia interna y el respeto a la igualdad entre las víctimas requiere que aquellos que defienden una postura retribucionista para justificar el castigo de los delitos de lesa humanidad adopten una posición similar para el resto de los crímenes que no caen en la categoría de violaciones a los derechos humanos.

Existe una objeción fuerte que mi análisis todavía debe enfrentar. Como señala Gargarella, la teoría del castigo de Zaffaroni es una reconstrucción del sistema penal real que existe en nuestra sociedad.²⁴ Tal sistema penal tiene algunos rasgos que hacen que sea especialmente difícil justificar el castigo (y de ahí el escepticismo o “agnosticismo”, en los términos de Zaffaroni, en relación con la posibilidad de elaborar una justificación positiva del castigo). De manera más notable, las agencias penales seleccionan a sus destinatarios en un proceso doble: primero, criminalizando determinadas conductas, y luego, individualizando un estereotipo particular de individuos que serán perseguidos por haber realizado dichas conductas. De manera poco sorpresiva, la fuerza entera del poder punitivo cae sobre aquellos más vulnerables en la sociedad. Uno tan solo debería mirar el desproporcionado número de afro-americanos encarcelados en las prisiones de Estados Unidos para captar esta idea.

24. GARGARELLA, R., ob. cit., p. 39.

Un posible argumento en contra de mi posición, entonces, sería que, aunque el retribucionismo no puede ser defendido en un sistema penal que sistemáticamente señala a los más vulnerables, resulta apropiado para justificar el castigo de aquellos que alguna vez gozaron los privilegios y la inmunidad del poder. El razonamiento es que aquellos acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad generalmente no son los más desaventajados y discriminados de la estructura social, sino un grupo de personas educadas y con recursos que por definición están fuera del alcance promedio de las agencias penales. El argumento en contra del retribucionismo basado en la vulnerabilidad no entraría en juego en este caso: quienes deben responder no pueden quejarse de que están siendo señalados por un sistema injusto porque una vez ellos mismos fueron quienes movían los hilos de dicho sistema.

Este argumento tiene dos problemas. Primero, incluso si los autores de delitos de lesa humanidad realmente estuvieran fuera del grupo social que es habitualmente captado por el sistema penal, ello no constituiría una razón para tratarlos de manera diferente que al resto de los imputados. La equidad y la igualdad –dos principios que asumimos que los países liberales deben respetar– requieren que todos los acusados de haber cometido un delito penal sean tratados de la misma forma. Por ende, una justificación retribucionista no puede estar disponible para algunos si no está disponible para todos.

En segundo lugar, debe destacarse que el hecho de que el sistema penal opere de manera injusta no excluye la adopción de una justificación del castigo retribucionista, porque las democracias liberales poseen mecanismos para contrarrestar esa injusticia *de formas compatibles con el retribucionismo*.

Tomemos el ejemplo de una persona que se roba una manzana porque se está muriendo de hambre y no tiene recursos. Un análisis retribucionista llegaría a la conclusión de que, considerados todos los factores relevantes, esta persona *no merece* (moralmente) ser castigada. Imaginemos que, sin embargo, el caso llega a juicio: en tal situación, el juez podrá aplicar el principio de insignificancia (según el cual las acciones que no afectan significativamente el bien jurídico protegido quedan fuera del alcance del derecho penal), el cual a su vez es derivado del principio de lesividad (según el cual las acciones que no afectan a terceros no son punibles), y desestimar el caso, de manera perfectamente compatible con el retribucionismo.

De manera similar, la vulnerabilidad del imputado puede ser tenida en cuenta al determinar el grado de su culpabilidad (que es lo mismo que el grado en el que merece ser castigado en términos retribucionistas). La conclusión es que una justificación del castigo retribucionista es defendible en todas las instancias de aplicación del derecho penal, y que la selectividad propia del sistema penal puede —y debería— ser incorporada en la determinación retribucionista de merecimiento moral.

V. CONCLUSIÓN

Comenzando por Núremberg y abarcando a partir de allí decisiones jurisprudenciales más actuales tanto de tribunales locales como internacionales, que he tomado como puntos de referencia, he tratado de demostrar que la justificación del castigo que mejor representa a los juicios penales contra autores de graves violaciones de derechos humanos es el retribucionismo. Esta conclusión, creo, es evidente por “descarte” (ya que cualquier otra justificación del castigo presenta tensiones con dichos juicios), y por el argumento positivo de que nuestras intuiciones morales reflejan la idea de que castigar a los perpetradores de este tipo de crímenes es hacer lo correcto, ya que ellos merecen ser castigados.

Además, he sostenido que una vez que defendemos al retribucionismo como la justificación central para castigar a los autores de crímenes contra la humanidad, debemos adoptar el mismo criterio para la justificación de la totalidad de nuestras prácticas penales. La consistencia interna de nuestra teoría y el respeto a la igualdad entre las víctimas así lo requiere.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMANN, Mitchell, “Punishment and Justification”, en *Ethics*, n° 2, Vol. CXVIII, 2008, pp. 258-290.
- FERNÁNDEZ FIKS, Tomás, “Retribucionismo y el principio de no utilización de las personas como medios”, en *Letra - Derecho Penal*, Vol. IV, 2017.
- FLETCHER, George, “The place of Victims in the Theory of Retribution”, en *Buffalo Criminal Law Review*, n°1, Vol. III, 1999, pp. 51-63.
- , *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1995.

GARGARELLA, Roberto, *Castigar al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

HART, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1968.

MOORE, Michael, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.