

Título: El castigo al "mal radical": razones para justificar la pena en casos de graves violaciones a los derechos humanos

Autor: Fihman, Ramiro M.

Publicado en: RDP 2018-10, 08/10/2018, 1985

Cita Online: AP/DOC/709/2018

Sumario: I. Introducción.— II. Las "ideologías re".— III. La disuasión.— IV. La prevención especial negativa.— V. La retribución.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

(1)

I. Introducción

La sociedad argentina se debe un debate relativo a qué debe hacerse con respecto al tratamiento de quienes cometieron graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar (1976-1983). A partir del fallo "Muiña" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, distintos interrogantes fueron puestos en juego, y se discutió un largo tiempo si los perpetradores debían tener el mismo tratamiento que los "delincuentes comunes" o, por el contrario, se debían aplicar reglas especiales en torno al castigo. Los debates parten de problemáticas muy profundas que tocan un gran abanico de temas, por lo que deben ser profundizados.

Las discusiones en torno a la fundamentación del castigo de forma genérica suelen partir de presupuestos clásicos y no muy complejos, en los que se toman como ejemplo casos básicos, como una persona que roba un banco. Frente a esto, los teóricos (2) del derecho penal han creado un conjunto de muy variadas explicaciones que permitirían comprender —o no— por qué y con qué fin esa persona debería ser castigada.

Dentro de ese abanico pueden encontrarse pensadores que asegurarán que el delincuente es en realidad una víctima más y que, por esta condición, debe ser asistido desde distintos puntos de vista (educación, salud, trabajo). Para ello quizás propongan que lo mejor es encerrarlo en una cárcel para comenzar un arduo tratamiento resocializador a los fines de que comprenda el disvalor de sus acciones y pueda luego, armoniosamente, volver a formar parte de la comunidad. Otros afirmarán que la razón por la que se debe castigar a la persona que robó el banco es porque, si esto no se hiciera, cualquiera saldría a robar un banco sin reparos. Sostienen así que la pena cumple un fin disuasorio, dado que, si un sujeto observa que su compañero fue castigado penalmente por una conducta, seguramente desista de la idea de incurrir en ese mismo delito. También hay expertos que aseverarán que resulta necesario aislar a ese sujeto de la sociedad por el peligro que representa. El argumento es que nadie desea cruzarse por la calle con un delincuente: es más seguro para todos que esta persona sea neutralizada y su actitud inocuizada para poder convivir en paz, separando a aquellos que obstaculizan la vida en comunidad.

Todas estas formas de pensar el castigo, lejos de constituir sofisticadas teorías científicas contrastables, están relacionadas con el sentido común de las personas y los valores que cada integrante de la comunidad tenga internalizados. En otras palabras, se trata de las razones morales por las que se debería aplicar un castigo penal en cierta circunstancia.

Sin embargo, la discusión no es tan sencilla. Comienzan a aparecer algunas dificultades para pensar la fundamentación del castigo cuando se modifican ciertos presupuestos del razonamiento. Si se quita de la escena al ladrón de bancos sin nombre ni apellido y se coloca a Leopoldo Galtieri, ¿pueden mantenerse en este caso las mismas alternativas para pensar el castigo? ¿Continúa jugando un rol relevante la idea de resocialización? ¿Disuadirá a otros castigarlo? ¿Acaso los argumentos utilizados para proteger a los conflictuados con la ley penal pierden fuerza persuasiva? ¿Es alguien capaz de decir que no tiene en su interior ningún sentimiento de venganza hacia este tipo de personajes? ¿Debería desoírse el discurso del "que se pudra en la cárcel"? ¿Qué rol ocupa y cuál debería ocupar el pueblo y sus posibles anhelos punitivos en los procesos penales? Estos interrogantes llevan, necesariamente, a repensar algunos conceptos acerca de para qué se castiga a los violadores de derechos humanos.

Así, el objetivo de este trabajo consiste en plantear algunos interrogantes acerca de los fundamentos filosóficos que explicarían el castigo en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Para eso, en primer lugar, se intentará mostrar que la respuesta penal brindada por el Estado para este tipo de crímenes especialmente graves no está suficientemente fundada desde el punto de vista filosófico, tornándose necesario rediscutir el tema para que la sociedad encuentre razones sólidas para castigar. En ese orden de ideas, se realizará una sistematización de las corrientes más seguidas por los pensadores del derecho penal, cuestionando algunos puntos que se presentan como problemáticos.

Luego se defenderá la idea de que la forma de entender la pena que presenta menos problemas a la hora de fundamentar el castigo para crímenes que constituyen graves violaciones de derechos humanos es la teoría

retributiva. En particular, dentro de esta amplia corriente, se tomará la teoría del castigo comunicativo.

II. Las "ideologías re"

Se propone comenzar analizando una de las teorías más utilizadas en la actualidad, tanto por los teóricos del derecho penal como por las comunidades en general. Se trata de las llamadas ideologías re (3). Básicamente, entienden al castigo penal como una vía para la resocialización, reinserción y/o rehabilitación. Esta teoría se presenta como interesada en el bienestar de quienes reciben un castigo, dado que el fin último es que la persona que va a la cárcel modifique su rumbo de vida y pueda volver a insertarse en la sociedad de la que antes no formaba parte (4). La teoría de la resocialización tiene su fundamento en el positivismo criminológico italiano de fines del siglo XIX, donde autores italianos como Césare Lombroso y Enrico Ferri proponían que los delincuentes eran seres inferiores que debían ser tratados médicamente (5). Esta forma de entender el castigo fue posteriormente renovada y profundizada por la sociología funcionalista en Estados Unidos que, a partir de la teoría del control social, se encargaría de la llamada "desviación" (6). Tanto es así que a mediados-fines del siglo XX se observó una fuerte impronta resocializadora en las legislaciones penitenciarias europeas, donde se incorporó como fin reeducar o reinsertar al delincuente en la sociedad (7).

Prueba de la vigencia de estas teorías es que, por ejemplo, la propia legislación argentina establece que la pena privativa de la libertad tiene por fin la reinserción social (art. 3° de la ley 24.660), sin ninguna distinción por tipo de delito ni otras circunstancias. Debería asumirse que, según las normas, lo que se busca al imponer una pena a una persona es que esta se reinserte en la sociedad comprendiendo la gravedad de sus actos y la sanción impuesta (8).

Si bien esta corriente ha sido expandida de forma global y es defendida por una incontable cantidad de expertos, lo cierto es que también ha sufrido fuertes críticas que parecen ser muy razonables y merecen ser mencionadas. En primer término, resulta difícil explicar cómo funciona la lógica de que una persona podría aprender a vivir libre en sociedad mediante un mecanismo de encierro. Resulta contra intuitivo pensar que alguien aprenderá a vivir en libertad privándolo de ella (9).

En esa misma línea, se critica la falta de resultados empíricos que prueben la eficacia del método. Si estuviera probado que las personas que atraviesan una etapa de privación de libertad luego no vuelven a cometer delitos, entonces la teoría resistiría un análisis más profundo. Sin embargo, lo cierto es que los datos indican lo contrario: quienes pasan por una prisión, luego vuelven a incurrir en delitos (10). Adicionalmente, como afirman algunos autores, entender la pena como rehabilitación requiere recursos públicos que raramente están disponibles para el Estado (11).

Existen también cuestionamientos liberales a la idea de resocialización, dado que esta teoría pretende —en cierto punto— imponer un ideal moral de persona, con valores que no tienen por qué ser compartidos por cada uno de los ciudadanos. Esta defensa contra el perfeccionismo moral se basa en la idea de que no existen suficientes razones para legitimar que el Estado le enseñe al condenado cómo debe vivir o qué patrones culturales debe aprehender (12). En ese sentido, desde un punto de vista kantiano, pueden encontrarse problemas relativos a la dignidad humana.

Las críticas mencionadas pueden ser entendidas como cuestionamientos generales a la teoría resocializadora o de "prevención especial positiva". A pesar de ello, el punto más relevante para este trabajo consiste en que esta corriente comienza a tener serios problemas adicionales cuando a la sociedad se le pregunta qué hacer con delitos graves. La convicción por la resocialización comienza a trastabillar, por ejemplo, en los casos de delitos contra la integridad sexual o delitos económicos. Sobre el primer ejemplo, no es tan fácil defender la idea de que un violador debe ser reinsertado en la sociedad; en términos generales, los movimientos políticos de reivindicación feminista no ven en la resocialización el fin de la pena cuando se trata de un agresor sexual. Tampoco parece tener demasiado sentido —con esta lógica— enviar a prisión a un multimillonario que evade impuestos, dado que no es una persona que necesite un proceso de reeducación ni precise aprender cómo debe comportarse en una sociedad. No se trata de un adolescente rebelde ni de un hombre marginado, sino de una persona posiblemente educada, en términos tradicionales.

En ese orden de cosas, la teoría termina de derribarse cuando se pretende aplicarla a los crímenes que constituyen graves violaciones de derechos humanos: ¿podría sostenerse que Jorge Rafael Videla debería ser "resocializado"? La respuesta, intuitivamente, es negativa; existen distintos argumentos para defender esto.

Como consideración preliminar, hay quienes entienden que las violaciones masivas de derechos humanos por parte de regímenes totalitarios constituyen hechos que están más allá de nuestro lenguaje moral. El concepto de "mal radical" introducido por Kant ha llevado a importantes pensadores a sostener que ese tipo de conductas trascienden "lo humano" y no pueden ser juzgadas desde nuestra moralidad (13). Hannah Arendt expresa esto diciendo que "Lo único que sabemos es que no podemos castigar ni perdonar dichas ofensas, que, por

consiguiente, trascienden la esfera de los asuntos humanos y las potencialidades del poder humano" (14). Desde este punto de vista, resulta aún más difícil pretender que el castigo penal modifique en alguna medida la moral de un criminal de lesa humanidad, dado que sus nociones de lo "correcto" o lo "incorrecto" son diametralmente opuestas a las que como comunidad decidimos adoptar.

Más allá de la aclaración anterior, el principal argumento es que estas personas nunca estuvieron "fuera" de la sociedad (15). Muy por el contrario, se podría decir que estaban sumamente insertas en la dinámica comunitaria. Prueba de ello es que, ante determinadas circunstancias, lograron incluso los más altos cargos políticos de conducción del país. Nadie podría afirmar con facilidad que quienes diseñaron un plan sistemático de persecución de "enemigos" estaban marginados y que, por lo tanto, deberían ser encerrados para que se rehabiliten.

Por otra parte, incluso si se pudiese afirmar que efectivamente un perpetrador estaba "des-socializado", ¿hasta qué punto la comunidad tiene interés en que estas personas sean resocializadas? El planteo es que, posiblemente, la comunidad no tenga ninguna intención de reincorporar a quienes ofendieron de forma tan grave sus valores. Sobre esto podrían debatirse ciertas ideas relativas a "obligaciones morales de arrepentimiento", o incluso el deber de reconciliación por parte de la sociedad (16). Esto será profundizado en el último acápite.

Otro argumento para rechazar el ideal resocializador cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos es que estas no fueron cometidas de forma aislada por agresores con un carácter especial o razones personales para hacerlo, sino que fueron parte de un plan sistemático llevado a cabo incluso desde instituciones cuyos fines habían sido distorsionados. Pensar el castigo en términos de rehabilitación individual implicaría ocultar la necesidad de cuestionar y cambiar el sistema institucional que genera las conductas reprochables (17).

Entonces, si la resocialización no parece tener sentido para ciertos casos y se pretende seguir defendiéndola, entonces se debe reconocer que para cada tipo de delito se tiene una explicación distinta para fundar el castigo. Esto podría presentar graves problemas en términos de igualdad, además de no ser posible de ser llamada una "teoría del castigo" universal: si pudiera asignársele un fin resocializador a la pena para el autor de un robo a mano armada, la pena debería cesar en cuanto un equipo interdisciplinario determine que la persona está apta para salir y al mismo tiempo se podría decir que para un violador la resocialización no es relevante, sino que se busca neutralizar su peligro, para lo cual debe aplicársele prisión perpetua. En un Estado de derecho se debe poder encontrar una justificación universal para explicar la aplicación de penas (18).

III. La disuasión

Otra corriente con mucha influencia dentro de aquellas que pretenden justificar el castigo es la de la prevención general negativa. El argumento sería que cuando el Estado castiga a una persona por una determinada conducta, se reducen las posibilidades de que otras personas incurran en ella. Feuerbach, uno de sus más importantes defensores en su versión original, decía que "El fin de la amenaza de la pena es la intimidación de todos; el fin de la acción de infligirla es la eficacia de la amenaza legal, pues sin ella dicha amenaza se convertiría en vacía (ineficaz)" (19). En otras palabras, se trata de una inhibición al sentimiento egoísta de deseo de cometer un delito mediante la provocación de otros sentimientos egoístas relacionados con no ser castigado (20).

Jean Hampton plantea una analogía entre la pena como disuasión y un cerco electrificado construido para mantener a un animal dentro de cierto perímetro (21). La lógica sería que, si como ciudadanos deseamos evitar el dolor de la descarga eléctrica, entonces lo mejor será que ni si quiera intentemos traspasar el cerco. El problema es que los seres humanos no deberían ser tratados de esta manera, sino que debieran tener la posibilidad de comprender las razones por las que ese cerco existe, lo cual nos permitiría como comunidad que el ofensor realmente no vuelva a cometer el delito.

Esta justificación del castigo también presenta serias dificultades cuando es aplicada en casos de crímenes de lesa humanidad. Carlos Nino era un defensor de que el castigo a los perpetradores generaba un efecto disuasorio, sosteniendo que, juzgándolos y castigándolos, se reducían las posibilidades de que esto volviera a ocurrir (22). Esto, a priori, adolece del principal obstáculo que presenta cualquier teoría preventiva: demostrar que la pena genera un efecto disuasorio (23). En otras palabras, se debería encontrar la manera de afirmar que quien tuviera en mente realizar un golpe de Estado para tomar el poder, se abstendría de hacerlo por el hecho de que en el pasado fueron juzgados y condenados quienes efectivamente llevaron a cabo esa conducta. Jaime Malamud Goti descrea por completo de esta posibilidad, argumentando, por ejemplo, que el efecto disuasorio del hipotético castigo posterior queda neutralizado por los beneficios y reconocimientos inmediatos del círculo íntimo de los transgresores (24). Además, sostiene que, si existiera algún tipo de disuasión, esta solo se aplicaría a los jefes militares, atenuándose la efectividad a medida que se desciende en la pirámide del ejército. En ese

orden, expresa que "Una fuerte lealtad corporativa debilita la fuerza intimidatoria de futuras condenas penales a medida que uno desciende en la pirámide jerárquica militar" (25).

El proceso de justicia transicional en Argentina tuvo una fuerte impronta de esta corriente. El concepto de "Nunca más" podría ser vinculado con la idea de que, si se castiga de forma ejemplar, los dichos acontecimientos no volverán a ocurrir. Sin embargo, esto resulta improbable: los procesos de enjuiciamiento a criminales de lesa humanidad son bastante recientes y no es posible asegurar que han generado un efecto disuasorio. Quizás si efectivamente transcurre una cantidad considerable de años y esto no vuelve a ocurrir —y además pudiéramos probar la relación de causalidad—, podríamos afirmar que, en alguna medida, el castigo produjo los efectos deseados. Caso contrario, si el día de mañana volvieran a darse las condiciones para que se produzca un golpe de Estado, entonces la teoría habría fracasado.

Otro problema de esta teoría es que puede llegar fácilmente a extremos problemáticos. Si el objetivo es intimidar a la población, entonces no parece existir un límite claro al castigo penal, sino que todo valdría la pena en pos de disuadir suficientemente al resto (26). Esto puede aplicarse en la realidad de la siguiente manera: piénsese que vivimos en una comunidad que desea proteger muy fuertemente la libertad personal de circulación. En un momento determinado, un grupo de ciudadanos decide utilizar una medida de fuerza por un reclamo laboral y cortan una ruta muy importante para acceder a la ciudad capital. Si tuviéramos que castigar a estas personas con una justificación preventiva que asegure disuasión, posiblemente debamos apedrearlos en una plaza. Parecería ser cierto que quienes piensen luego en cortar una ruta recordarán la imagen de sus compañeros siendo brutalmente asesinados y lo pensarán dos veces antes de llevarlo a cabo. Esto es especialmente riesgoso en los casos de delitos de semejante gravedad como los que se están tratando aquí, puesto que es tan elevado el interés de la comunidad en prevenirlos que podría diseñarse un sistema brutal que, a su vez, viole derechos humanos. Si se pudiera asegurar que el castigo disuade, ¿estaríamos dispuestos, por ejemplo, a imponerle pena de muerte a los genocidas? El Estado debe diferenciarse de los usurpadores del Estado, justamente respetando los derechos humanos de todas las personas, incluyendo los de aquellas que los han violado de forma grave.

Hay también autores que consideran que la única posibilidad de que el castigo penal pueda generar disuasión para este tipo de delitos es cuando el riesgo de una pena severa es real, y esto se da únicamente cuando la comunidad internacional decide crear tribunales penales "ad hoc" o, incluso mejor, una corte penal internacional (27). En sentido contrario, hay quienes —luego de analizar diversos casos específicos a nivel mundial— sostienen que la mera creación de tribunales como el TPIY o el TIPR e incluso su puesta en marcha han sido insuficientes para prevenir posibles nuevos hechos de este tipo, siendo la solución real mucho más compleja (28).

El argumento de la disuasión es muy utilizado en la actualidad, no solo por pensadores del derecho penal sino también por sectores de la clase política (29) que argumentan que el problema de la corrupción, por ejemplo, es que las penas no son lo suficientemente altas. Ese razonamiento no resiste un análisis muy profundo: si pudiéramos solucionar cualquier problema social agravando las penas de los delitos previstos para prevenir conflictos, las injusticias del mundo habrían terminado hace mucho tiempo. Evidentemente, las sociedades se desenvuelven mediante mecanismos mucho más complejos que la lógica binaria de la norma y el castigo, incluso a veces de forma inversa: se ha demostrado en muchas oportunidades que prohibir algo con penas absurdas genera un aumento de las conductas que incurren en ese mismo tipo penal.

IV. La prevención especial negativa

Merece también ser analizada una justificación que ha estado presente —y en algunas ocasiones lo sigue estando— en reiterados momentos de la historia. Está relacionada con la idea de que lo que buscamos cuando castigamos a alguien es reducir el peligro que esa persona en concreto genera para nuestra comunidad. Suele hablarse de esto como "prevención especial negativa" porque se centra en el autor del delito y se basa en aplicar medidas neutralizantes para privar al sujeto de la posibilidad de cometer nuevas violaciones a las normas jurídicas vigentes. La idea sería proteger cierto "bien común", o incluso la seguridad pública, encerrando a las personas que alteran el normal desenvolvimiento de la comunidad. Franz von Liszt define esta función de la pena como "coerción directa" o "neutralización", y la explica de la siguiente forma: "la pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella" (30).

El problema se presenta cuando se debe determinar quiénes son los sujetos peligrosos y hasta dónde estamos dispuestos a llegar para asegurar nuestra propia "seguridad". Sobre lo primero, es muy posible que la sociedad caiga en estereotipos de delincuente que, al fin y al cabo, van variando a lo largo del tiempo. Hace unos pocos siglos, criminal era aquel que por determinadas características personales debía catalogarse de esa forma. El concepto de "peligrosidad" tuvo su auge en el discurso criminológico del positivismo, a través del cual autores como Raffaele Garófalo sostenían que existían "delincuentes naturales" que carecían de determinados

sentimientos (probidad y piedad) y frente a los cuales no había resocialización posible. En ese sentido, la pena no debía ser proporcional al delito sino a la propia peligrosidad del sujeto (31). Hoy, quizás en menor medida, esas mismas caracterizaciones las vemos en la forma de vestir, de hablar, de caminar u otras cualidades que nada tienen que ver con una conducta delictiva. En relación con el límite del castigo según esta teoría, puede verse un obstáculo difícil de superar: si nuestro objetivo es reducir a cero el peligro de que esa persona vuelva a cometer delitos, lo más fácil es eliminarla del sistema a cualquier costo.

Desde el punto de vista de los crímenes en los que se centra este trabajo, un primer argumento para cuestionar esta teoría tiene que ver con la reacción que genera en la comunidad el hecho de que las personas que cometieron graves violaciones de derechos estén libres. Podría decirse que la sensación de ver a un perpetrador circulando en libertad no es precisamente de inseguridad o peligro: no sentimos que puedan verse afectados de forma directa nuestros derechos humanos por esta circunstancia. Por el contrario, en todo caso podríamos pensar que existiría una profunda indignación, pero no es lo mismo que se percibe al ver, por ejemplo, a un asesino serial o un violador en libertad (32). Claus Roxin, en este orden de ideas, afirma que en estos casos no existe ningún peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o bien cuando las circunstancias temporales en que se dio hacen imposible su nueva comisión (33). Este autor se pregunta: "¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente?" (34).

Para comprender los riesgos de la teoría de la prevención especial negativa, corresponde recordar la teoría del ya citado von Liszt, según la cual había tres funciones de la pena posibles y tres "grupos de delincuentes", a los que estas se aplicarían respectivamente: el grupo que se aplica a esta teoría es llamado "los irrecuperables". Para estas personas, de las cuales "la sociedad debe protegerse" (35), correspondería una pena absolutamente neutralizadora. "...Como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida..." (36).

Como un intento de crítica, pueden encontrarse autores que consideran que una teoría de inhabilitación solo podría funcionar como estrategia de control de la criminalidad si se asegurasen ciertas condiciones: i) que el agresor volvería a cometer el delito si se lo dejara en libertad; ii) que el agresor no será inmediatamente reemplazado por otros cuando sea encarcelado; iii) que su actividad criminal post-libertad no será mayor a la que se pretendía evitar con la neutralización (37).

Esta forma de entender el castigo penal puede, sin mucho esfuerzo, transformarnos en aquello que como comunidad no queríamos ser cuando hablábamos de los delitos de lesa humanidad. Encarcelar a alguien con el único justificativo de que hay que neutralizar su peligrosidad puede llevar muy fácilmente a que como comunidad decidamos encerrar —o asesinar— a cualquier persona sin causa alguna. Esta justificación del castigo no parece situarse en el marco del Estado de derecho, sino que es justamente el argumento que le permitió a los perpetradores secuestrar y asesinar a sus adversarios políticos careciendo de una justificación seria para aplicar una pena (ya sea por no tener suficiente legitimidad política o porque, incluso teniéndola, el sujeto que se pretende castigar no merece el castigo).

Profundizando este razonamiento, puede verse con bastante nitidez que las construcciones teóricas del "enemigo", caracterizado fundamentalmente por su peligrosidad, fueron la columna vertebral de los discursos legitimantes de las atrocidades cometidas a comienzos del siglo XX en Europa. Carl Schmitt, uno de los más importantes pensadores del nacionalsocialismo, hablaba del "enemigo político" de la siguiente manera: "...solo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere eo ipso carácter público" (38). Para este autor, afiliado al partido nazi y fiel seguidor de Hitler, el enemigo es alguien a quien, tarde o temprano, habría que destruir (39). Lo mismo se advierte en España durante la dictadura de Franco, donde la dogmática penal alemana tuvo mucha influencia, empleándose también la figura del "enemigo" y su peligrosidad para justificar penas con fin neutralizador y, por supuesto, absolutamente desproporcionadas (40).

Resulta interesante analizar cómo el discurso de construcción de un enemigo ha puesto, a lo largo de la historia, a las garantías penales en segundo plano. Andrés Rosler explica que, en Francia, a fines del siglo XVIII, se presentó un fuerte debate en relación con el por entonces llamado crimen de "lesa majestad". Esta discusión giraba en torno a la responsabilidad legal del monarca, por ese tiempo Luis XVI, que gozaba de inviolabilidad constitucional. Autores como Saint-Just y Robespierre argumentaban que el rey se había transformado en un enemigo del género humano y, por lo tanto, no debía continuarse con el juicio sino directamente castigarlo con la muerte como en un contexto de guerra (ya que los juicios eran para los ciudadanos) (41). En ese sentido, advierte que "Estamos castigando conductas cuya atrocidad es tal que el garantismo (...) pasa a segundo plano y el punitivismo (...) impera sin mayores remordimientos de conciencia"

(42).

Con lo anterior quiero plantear la idea de que una justificación del castigo que emplea argumentos que fueron utilizados por gobiernos totalitarios para legitimar violaciones a los derechos humanos no puede ser empleada para pensar las razones que nos permitirán juzgar y castigar a los perpetradores. En palabras de Rosler: "...dado que es un hecho indudable que no pocas veces en nombre de la humanidad se han cometido las más atroces inhumanidades, todos debemos ser muy cuidadosos al emplear discursos moralmente sazonados como el de los derechos humanos y precisamente la consagración de garantías penales es la mejor medida que podemos tomar para mantenernos alerta" (43).

V. La retribución

En contraposición con las teorías relativas de la prevención, que ven en la pena un medio para llegar a un fin, se encuentran las teorías llamadas "absolutas" o "retributivas". La idea básica de la que en general parten las teorías de la retribución es que el castigo al culpable constituye un bien en sí mismo. Estas teorías permitirían castigar, en principio sin demasiados problemas, los crímenes que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. El sentimiento de "venganza" (44) que caracteriza a una comunidad luego de haber sido sometida por criminales que se arrogaron el poder estatal es humanamente comprensible. En este sentido, las teorías de la retribución suelen estar atravesadas por la idea de "merecimiento", lo que aseguraría una cierta proporcionalidad en las penas ("a cada uno el castigo que merece"). Esta forma de entender el retribucionismo proviene de la tesis clásica kantiana que se opone a utilizar al hombre como un medio y no como un fin en sí mismo.

Empero, el problema de este razonamiento es que necesariamente requiere precisar conceptos que son sumamente complejos, como por ejemplo la idea misma de merecimiento. Determinar cuándo alguien merece ser castigado y de qué forma es bastante difícil (45). Si siguiéramos a rajatabla la idea del "ojo por ojo" deberíamos repensar la forma de castigo que empleamos cotidianamente: ¿cómo puede medirse la pena de prisión privativa de la libertad de un determinado delito? ¿Asesinar a una persona se corresponde directamente con estar encerrado de 8 a 25 años? En ese sentido, a quien llevó a cabo torturas deberíamos torturarlo, a quien violó deberíamos violarlo y a quien planificó un mecanismo de persecución política desde el terrorismo de Estado, deberíamos dejarlo impune, ya que no es posible infringirle el mismo daño que ocasionó. En otras palabras, ¿cómo se traduce el merecimiento a una sentencia? (46).

Otro problema que presenta el merecimiento tiene que ver con su posible dimensión crítica. Si extrapolamos esto al plano de los reconocimientos en lugar de los castigos, puede vislumbrarse con nitidez el conflicto que genera el merecimiento: posiblemente no estaremos de acuerdo con quién mereció ganar un partido de fútbol. De la misma forma, puede producirse una ruptura en el contexto de un castigo: en palabras de Gustavo Beade, el "merecimiento formal" puede no coincidir con el "merecimiento material" (47).

Las teorías retributivas ya no son representadas por sus versiones clásicas, sino que se ha producido una especie de "renacimiento" de la retribución (48). En ese sentido, nuevas vertientes más modernas proponen algunas alternativas para pensar la justificación del castigo penal en clave retribucionista.

Una de ellas es entender al castigo como una vía para restablecer la dignidad de las víctimas. Esta postura sostiene que el castigo a los perpetradores cumple la función de devolverle a los afectados por el terrorismo de Estado aquello que les quitaron mediante prácticas ultrajantes (49). Sin embargo, el problema de esto es que, si bien puede aplicarse a este tipo de crímenes, resulta complicado pensarlo para delitos comunes en los que no hay víctimas determinadas o determinables. Marcelo Sancinetti propone un supuesto simple e interesante de ausencia de víctimas: el homicidio. En el homicidio consumado, la víctima ya no existe y puede ocurrir que no tenga ningún pariente, y eso no haría menos grave a la ofensa producida a la comunidad (50). Otro caso posible es el de los delitos sin víctimas, como, por ejemplo, la tenencia de armas: ¿qué función podría cumplir allí el castigo?, ¿qué víctimas serían las que deben restablecer su dignidad? Parece riesgoso pensar una teoría demasiado enfocada en un delito concreto, dado que se desdibuja cuando se modifican algunas circunstancias fácticas. Por otra parte, pueden plantearse serios problemas cuando un delito (que supuestamente es una ofensa a las reglas que fijamos como comunidad) genera una respuesta distinta en las víctimas directas de este que en la comunidad. Por ejemplo, hay una discordancia respecto del interés en perseguir ese delito: la víctima de un robo desea "olvidar" el hecho, pero la comunidad quiere castigarlo.

Otra crítica posible al retribucionismo "de las víctimas" es que no parece poder encuadrarse fuera del consecuencialismo y, por lo tanto, está en jaque su inclusión dentro de las teorías de la retribución. Malamud Goti responde a esto diciendo que, en realidad, su planteo no se apoya en relaciones propiamente causales sino en "consideraciones evaluativas", y que la reducción de la culpa o la vergüenza no son consecuencias externas a la condena sino intrínsecas a ella (51). Quizás esta defensa no posea fundamentos suficientes. ¿Por qué el restablecimiento de la dignidad de las víctimas sería intrínseco al castigo, pero no lo sería, por ejemplo, la

prevención especial negativa?

Otra posibilidad para entender el castigo retributivo es la variante comunicativa. Esta corriente sostiene que el castigo penal tiene una función expresiva en sí mismo, y lo que busca es mostrar que la comunidad desapruueba moralmente esa conducta (52). En ese sentido, la respuesta punitiva cumple una función simbólica de reproche moral. Cabe resaltar que los teóricos han realizado ciertas distinciones entre la función "expresiva" y la función "comunicativa", por ejemplo, sosteniendo que la segunda implica necesariamente un vínculo recíproco y relacional, mientras que la primera se entiende como un mensaje unidireccional (53). Mediante el castigo, se censura a la persona que cometió un mal, dirigiéndose a esta como un miembro de nuestra comunidad normativa (54).

Esta teoría puede ser criticada mediante el argumento de que la expresión de la comunidad en relación con el reproche de una conducta podría perfectamente prescindir de castigo (55). En otras palabras, no sería necesario encerrar a una persona para que podamos comunicarle nuestros sentimientos de indignación por lo que hizo. Antony Duff responde a esto argumentando que uno de los elementos fundamentales del castigo comunicativo es el arrepentimiento; pero el arrepentimiento que se requiere debe ser genuino, profundo y resultante de un proceso reflexivo por parte del ofensor. Es necesario que su atención esté captada por lo que hizo y dedique sus emociones y pensamientos a ese tema durante un tiempo considerable (56). Para esto, sería necesario el castigo penal. Feinberg dirá, al respecto, que puede que sea cierto que se pueda expresar el reproche sin castigo penal, pero lo cierto es que, con el castigo, el mensaje es mucho más fuerte y capaz de penetrar en el ofensor (57).

Otro argumento plausible —y quizás subsidiario— es el siguiente: quizás es cierto que la comunicación puede llevarse a cabo sin castigo, pero sería un error creer que esto es una característica negativa de la teoría. La posibilidad de prescindir de pena, lejos de constituir una carencia, representa una virtud que no tiene ninguna otra teoría: si la comunidad así lo decide, la expresión de reproche puede surtir efectos por sí misma y no resulta necesario aplicar la fuerza estatal.

Para el caso de los delitos de lesa humanidad, es necesario agregar la siguiente consideración: solo es posible aceptar que una teoría comunicativa del castigo puede funcionar sin coerción estatal siempre y cuando creamos que la reconciliación no constituye un deber moral (58). Esto es así porque, de lo contrario —si entendemos que el fin último del castigo es lograr que el ofensor se reconcilie con la comunidad— resulta muy difícil pensar que estaríamos conformes sin un castigo penal. En otras palabras, ¿podríamos reconciliarnos con un perpetrador si este no cumplió la pena que le corresponde?

Dentro del debate sobre la posibilidad de prescindir de castigo penal se ha discutido si existen alternativas más deseables a los juicios. Uno de los principales argumentos está relacionado con el valor que se le da a la verdad y su supuesto "choque" con la persecución penal. En otras palabras, el punto sería que la persecución penal a los genocidas produciría un efecto silenciador en ellos. Así, se presentan ciertos interrogantes: ¿estamos dispuestos a resignar el castigo penal a los perpetradores para conocer verdades que aún se mantienen ocultas sobre la etapa más oscura de nuestra historia? ¿Es más importante lograr justicia que obtener información, por ejemplo, de localizaciones de hijos de desaparecidos o restos de cuerpos? ¿La amenaza penal a los militares produce que estos decidan no revelar datos que podrían ser fundamentales para la consolidación de la democracia? ¿Son las comisiones de la verdad un camino alternativo adecuado que pueda reemplazar a los juicios?

Sobre esto, explica Beade (59), es necesario tener en cuenta que la posibilidad de revelar información sin ser perseguidos penalmente ya estuvo en manos de los perpetradores en una etapa de nuestra historia, y lo que algunos consideran que pasaría (60) no ocurrió. Entre 1987 y 2005, los criminales de lesa humanidad no tenían la amenaza de la pena, y el resultado no fue ni siquiera cercano a confesiones o revelaciones clave, sino todo lo contrario. Quizás si hubiera algún grado de certeza de que frente a la ausencia de persecución los violadores de derechos humanos contribuirían con los procesos de búsqueda de la verdad, recién entonces podríamos discutir qué es más importante, si el castigo o la averiguación de lo que ocurrió.

Pero también es cierto que afirmar que simplemente se "eliminó" la amenaza de un castigo requeriría más precisiones, dado que supondría reducir la historia de esos años a simples normas jurídicas que, con seguridad, son trascendidas por procesos sociales y políticos más complejos. En otras palabras, quizás la ausencia de amenaza de castigo no era lo suficientemente convincente como para poder comprobar si los perpetradores hubieran brindado información.

Por último, es importante tener en cuenta que, de no castigar a quienes cometieron violaciones masivas de derechos humanos, se estaría perdiendo la función expresiva del castigo y, por lo tanto, no podríamos concretar el reproche moral y desaprobación a las conductas realizadas. Dada la gravedad de estas, resultaría imposible

expresar la desaprobación sin un castigo penal efectivo. Es por eso que, desde mi punto de vista, los juicios deben continuar hasta el eventual castigo, aun si creemos en un ideal reconciliatorio.

VI. Conclusiones

Desde las llamadas teorías re hasta los defensores de la prevención general, pasando por nociones de inhabilitación fundadas en la seguridad y el bienestar general, a lo largo de este trabajo se planteó que cada una de ellas comienza a tener serios problemas teóricos y prácticos cuando se ponen en jaque los presupuestos básicos y se las inserta en un contexto, por ejemplo, de justicia transicional. Una teoría que sirve para encarcelar homicidas, consumidores de estupefacientes, manifestantes, pero que no resiste la pregunta de por qué hay que castigar a un criminal de lesa humanidad no parece tener mucha utilidad y debería ser descartada.

Se ha abordado también la cuestión del retribucionismo en sus distintas variantes. Se defendió la idea de que las corrientes más modernas de esta forma de entender el castigo —en particular la función comunicativa— resulta una alternativa bastante viable para pensar las sanciones a los criminales de lesa humanidad. En relación con ese mismo tema, se planteó la disyuntiva acerca de la conveniencia de terminar con los juicios, sacrificando, en un punto, la "justicia" en pos de obtener verdad acerca de lo ocurrido.

Como se adelantó en la introducción, en este trabajo se intenta defender la idea de que la teoría de la retribución comunicativa permite justificar el castigo, no solo en los crímenes que forman parte de lo que se ha llamado "mal radical", sino también para cualquier tipo de delitos. Las alternativas propuestas por las otras teorías parecen tener demasiados problemas de índole lógica, moral y política a la hora de explicar el castigo a los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos como para conformarnos con alguna de esas justificaciones.

Luego de un gobierno de facto resulta fundamental que la sociedad exprese claramente su sentimiento de reproche moral hacia las conductas que llevaron a cabo los perpetradores, y para eso es clave entender la función comunicativa/expresiva que tiene el castigo penal. Los filósofos del derecho deberían asumir las propias contradicciones entre la búsqueda de limitación del poder punitivo para explicar las bases del derecho penal y el interés en aplicar penas severas para determinados casos.

Estas reflexiones podrían cumplir el rol de puntapié inicial para continuar pensando una propuesta que explique con qué fin castigamos este tipo de crímenes, teniendo en cuenta, además, el contexto histórico y la coyuntura política en la que vivimos.

VII. Bibliografía

ACKHAVAN, P., "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", *The American Journal of International Law*, nro. 1, vol. 95, 2001.

ANITUA, I., "Historias de los pensamientos criminológicos", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006.

ARENDDT, H., "Los orígenes del totalitarismo", Ed. Taurus, Bogotá, 1998 (versión original publicada en 1951).

ARENDDT, H., "La condición humana", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2009 (versión original publicada en 1958).

BARATTA, A., "Criminología crítica y crítica del derecho penal", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, trad. Álvaro BÚNSTER, 2004 (versión original de 1982).

BEADE, G. A., "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", en *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Ed. Fundación Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017.

BEADE, G. A., "Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación", en *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Ed. Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017.

BEADE, G. A., "Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

BEAN, P., "Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry", Ed. Martin Robertson, Oxford, 1981.

CROCKER, D. A., "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation", *Buffalo Criminal Law Review*, nro. 2, vol. 5, University of California Press, 2002.

DUFF, A., "Punishment, Communication and Community", Ed. Oxford University Press, New York, 2001.

FEINBERG, J., "The Expressive Function of Punishment", en DUFF, A. - GARLAND, D., *A Reader on Punishment*, Ed. Oxford University Press, New York, 1995.

- FEUERBACH, P. J. A., "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", 1847, 14ª ed., ps. 36/37.
- FLETCHER, G. P., "The Place of Victims in the Theory of Retribution", Buffalo Criminal Law Review, nro. 1, vol. 3, 1999.
- GARGARELLA, R., "Castigar al prójimo", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.
- GARÓFALO, R., "La criminología", Ed. La España Moderna, Madrid, trad. Pedro DORADO MONTERO, 1885.
- HAMPTON, J., "The Moral Education Theory of Punishment", Philosophy & Public Affairs, nro. 3, vol. 13, 1984.
- HILB, C., "Usos del pasado", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires.
- JAKOBS, G., "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", en Bases para una teoría funcional del derecho penal, trad. Manuel CANCIÓ MELIÁ — Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ — Enrique PEÑARANDA RAMOS — Marcelo A. SANCINETTI - Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, presentación Dino Carlos CARO CORIA, Ed. Palestra Editores, Lima, 2000.
- JAKOBS, G., "La pena estatal: significado y finalidad", traducción y estudio preliminar de M. CANCIÓ MELIÁ - B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2006.
- MALAMUD GOTI, J., "A propósito de 'Una sentencia bien intencionada'", en Crímenes de Estado, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- MALAMUD GOTI, J., "Dignidad, venganza y democracia", en Crímenes de Estado, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- MALAMUD GOTI, J., "Punishment and a Rights-Based Democracy", Criminal Justice Ethics, nro. 10, 1991.
- MALAMUD GOTI, J., "Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?", Human Rights Quarterly, nro. 1, vol. 12, 1990.
- MORRIS, Herbert, "A Paternalistic Theory of Punishment", en DUFF, A. - GARLAND, D., A Reader on Punishment, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F., "Derecho penal y control social", Ed. Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985.
- NINO, C. S., "Juicio al mal absoluto", ed. ampliada, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- NOZICK, R., "Philosophical Explanations", Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1981.
- LESCH, H. H., "La función de la pena", trad. Javier SÁNCHEZ VERA, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- RAFECAS, D., "La ciencia del derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt", Academia, nro. 15, año 8, 2010.
- ROSLER, A., "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': acerca del punitivismo de lesa humanidad", Letra: Derecho Penal, nro. 5, año III.
- ROXIN, C., "Derecho penal, parte general", Ed. Civitas, Madrid, 1997 (versión original de 1994), t. I.
- ROXIN, C., "Problemas básicos del derecho penal", traducción de Diego M. LUZÓN PEÑA, Ed. Reus, Madrid, 1976.
- SANCINETTI, M. A., "Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial", Ed. Lerner Editores, Buenos Aires, 1987.
- SANCINETTI, M. A., "Teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo", Revista Pensamiento Penal, 2015.
- SCHMITT, C., "El concepto de lo político", Ed. Alianza Editorial, Madrid (trad. Rafael AGAPITO), 2006 (versión original publicada en 1932).
- TÉBAR-RUBIO MANZANARES, I. J., "La representación del enemigo en el derecho penal del primer franquismo (1938-1944)", tesis doctoral, Universidad de Alicante, Departamento de Humanidades Contemporáneas, Facultad de Filosofía y Letras, 2015.
- VON HIRSCH, A., "Censurar y castigar", traducción de Elena LARRAURI, Madrid, 1998.
- VON LISZT, F., "La idea de fin en el derecho penal", Ed. UNAM, México DF, 1994.

ZAFFARONI, E. R. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A., "Manual de derecho penal - parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., 6ª reimp.

(1) Estudiante de Abogacía (UBA). Becario de investigación DeCyT. Ayudante alumno de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal. Agradezco a los/as integrantes del proyecto de investigación DeCyT "Justicia transicional, participación civil y delitos económicos. Límites y posibilidades en el marco del Estado de derecho", dirigido por Gustavo A. BEADE, por sus críticas y sugerencias. Los errores son sólo míos.

(2) A lo largo de este trabajo se empleará el género masculino para los términos en plural por razones de facilidad de la lectura.

(3) Término utilizado en ZAFFARONI, E. R. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A., "Manual de derecho penal - parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., 6ª reimp., p. 46.

(4) BEAN, P., "Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry", Ed. Martin Robertson, Oxford, 1981, p. 54.

(5) ANITUA, I., "Historias de los pensamientos criminológicos", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 179-182.

(6) *Ibidem*.

(7) BARATTA, A., "Criminología crítica y crítica del derecho penal", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, trad. Álvaro BÚNSTER, 2004 (versión original de 1982), p. 176.

(8) Sobre la cuestión del imperio normativo vigente, cabe resaltar que —de todas formas— una justificación seria del castigo penal no puede estar dada por lo que dice una ley, o incluso una Constitución. La discusión no se zanja por una norma jurídica, sino que, por el contrario, ese es recién el punto de partida. Resulta necesario profundizar la discusión y cuestionar el funcionamiento de ciertas teorías, a pesar de que las mismas normas, aparentemente, nos exijan pensar un fenómeno de una forma determinada.

(9) MUÑOZ CONDE, F., "Derecho penal y control social", Ed. Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985, p. 99.

(10) Cfr. Informe Anual 2015 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: casi un tercio de los presos son reincidentes.

(11) MALAMUD GOTI, J., "Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?", *Human Rights Quarterly*, 1, vol. 12, 1990, ps. 9-10.

(12) LESCH, H. H., "La función de la pena", trad. Javier SÁNCHEZ VERA, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, ps. 33/34.

(13) En ese sentido ver ARENDT, H., "Los orígenes del totalitarismo", Ed. Taurus, Bogotá, 1998 (versión original publicada en 1951); ARENDT, H., "La condición humana", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2009 (versión original publicada en 1958).

(14) ARENDT, H., "La condición humana", *ob. cit.*, p. 260.

(15) LESCH, H. H., "La función...", *ob. cit.*, p. 34.

(16) BEADE, G. A., "Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación", en *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Ed. Fundación Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017, p. 39.

(17) MALAMUD GOTI, J., "Transitional Governments...", *ob. cit.*, p. 11.

(18) Cfr. ROSLER, A., "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': acerca del punitivismo de lesa humanidad", *Letra: Derecho Penal*, nro. 5, año III, p. 91.

(19) FEUERBACH, P. J. A., "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", 1847, 14ª ed., ps. 36-37.

(20) SANCINETTI, M. A., "Teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo", *Revista Pensamiento Penal*, 2015, p. 7.

(21) HAMPTON, J., "The Moral Education Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, 3, vol. 13, 1984, ps. 211-213.

(22) NINO, C. S., "Juicio al mal absoluto", edición ampliada, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, ps. 229-231.

(23) GARGARELLA, R., "Castigar al prójimo", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 13.

(24) MALAMUD GOTI, J., "Punishment and a Rights-Based Democracy", *Criminal Justice Ethics*, 10, 1991, ps. 3-13.

(25) MALAMUD GOTI, J., "Dignidad, venganza y democracia", en *Crímenes de Estado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, ps. 130-131.

(26) Existen otras versiones de las teorías de la prevención general relacionadas con generar a través del castigo cierta "confianza en la vigencia de las normas". En otras palabras, sostiene que mediante el derecho penal el Estado reafirma la amenaza y asegura permanentemente los valores implícitos en sus mandatos.

(27) CROCKER, D. A., "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation", *Buffalo Criminal Law Review*, 2, vol. 5, University of California Press, 2002, p. 537.

(28) ACKHAVAN, P., "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", *The American Journal of International Law*, 1, vol. 95, 2001, p. 31.

(29) Sobre el fenómeno de la inflación penal y su utilización política, ver BEADE, G. A., "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", en *Inculpación y castigo...*, ob. cit.

(30) VON LISZT, F., "La idea de fin en el derecho penal", Ed. UNAM, México DF, 1994, p. 112.

(31) GARÓFALO, R., "La criminología", trad. Pedro DORADO MONTERO, Ed. La España Moderna, Madrid, 1885, ps. 271 y ss.

(32) Frente a esto podría responderse que la afirmación se pondría en jaque si le preguntáramos a una víctima directa de un perpetrador si no siente miedo o un peligro inminente al ver a su agresor caminando por las calles en libertad. Sin embargo, posiblemente ese razonamiento deba ser descartado, dado que lo que debe tenerse en cuenta es el sentimiento comunitario, y no sólo el de las víctimas. Naturalmente, cualquier víctima de cualquier delito sentirá que corre peligro si quien anteriormente arremetió contra ella de alguna forma está en libertad, y en ese sentido no puede ser determinante este factor.

(33) ROXIN, C., "Derecho penal, parte general", Ed. Civitas, Madrid, 1997 (versión original de 1994), t. I, p. 89.

(34) *Ibidem*.

(35) VON LISZT, F., "La idea de fin...", ob. cit., p. 120.

(36) *Ibidem*.

(37) DUFF, A. - GARLAND, D., "A Reader on Punishment", Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1995, ps. 25-26.

(38) SCHMITT, C., "El concepto de lo político", Ed. Alianza, Madrid (trad. Rafael AGAPITO), 2006 (versión original publicada en 1932), ps. 57-58.

(39) RAFECAS, D., "La ciencia del derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt", *Academia*, 15, año 8, 2010, p. 144.

(40) TÉBAR-RUBIO MANZANARES, I. J., "La representación del enemigo en el derecho penal del primer franquismo (1938-1944)", tesis doctoral, Universidad de Alicante, Departamento de Humanidades Contemporáneas, Facultad de Filosofía y Letras, 2015, ps. 37-41.

(41) ROSLER, A., "'Si Ud. quiere una garantía...'", ob. cit., ps. 87-88.

(42) *Ibidem*, p. 89.

(43) *Ibidem*, p. 86.

(44) Es importante aclarar que una de las críticas más comunes a las teorías retributivas es que éstas se asemejarían casi por completo a la idea de venganza. Sin embargo, existen muchas diferencias entre estas dos nociones. Por ejemplo, debemos partir de la distinción de que el castigo retributivo aparece en respuesta a un mal que la comunidad no acepta moralmente, mientras que la venganza es un sentimiento que puede producirse a partir de cualquier acción por la cual una persona se sienta ofendida, y no necesariamente constituya algo que pueda ser considerado un mal para la comunidad. Yo podría querer vengarme de mi compañero de clase porque consiguió ir al cine con la chica que me gustaba (sabiendo que yo me sentía atraído por ella) y esto no tendría nada que ver con el concepto de retribución. Para profundizar este tema ver NOZICK, R., "Philosophical Explanations", Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1981, ps. 366-370.

(45) GARGARELLA, R., ob. cit., p. 15.

(46) DUFF, A. - GARLAND, D., ob. cit., p. 13.

(47) BEADE, G. A., "Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, ps. 81-82.

(48) DUFF, A. — GARLAND, D., ob. cit., ps. 12-16.

(49) MALAMUD GOTI, J., "A propósito de 'Una sentencia bien intencionada'", en Crímenes de Estado, ob. cit., p. 116.

(50) SANCINETTI, M. A., "Teorías de la pena...", ob. cit., p. 15.

(51) MALAMUD GOTI, J., "Dignidad, venganza...", ob. cit., ps. 135-136.

(52) FEINBERG, J., "The Expressive Function of Punishment", en DUFF, A. — GARLAND, D., ob. cit., ps. 73-94.

(53) DUFF, R. A., "Punishment, Communication and Community", Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2001, p. 79.

(54) Ibidem, p. 82.

(55) FEINBERG, J., ob. cit., p. 80.

(56) DUFF, R. A., ob. cit., ps. 107-108.

(57) FEINBERG, J., ob. cit., p. 80.

(58) Sobre el deber moral de arrepentimiento y la obligación de la comunidad de reconciliarse ver BEADE, G. A., "Inculpación y castigo: extender los debates. Réplica a Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo", Letra: Derecho Penal, 5, año III, 2017, p. 250.

(59) BEADE, G. A., "Las razones...", ob. cit., ps. 19-41.

(60) Cfr. HILB, C., "Usos del pasado", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.