

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 24, Número 2, julio 2024

“Los filósofos” y la justificación del castigo

A propósito de los aportes de Jaime Malamud Goti y Carlos Santiago Nino a la discusión acerca de la legitimidad de la pena estatal

Tomás Fernández Fiks

Formato de cita recomendado

Tomás Fernández Fiks, “Los filósofos’ y la justificación del castigo”, Revista Argentina de Teoría Jurídica 24 2 (2024)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X



“Los filósofos” y la justificación del castigo*

A propósito de los aportes de Jaime Malamud Goti y Carlos Santiago Nino a la discusión acerca de la legitimidad de la pena estatal

Tomás Fernández Fiks †

Resumen:

En este trabajo retomaré algunos temas recurrentes en la obra de Carlos Nino y Jaime Malamud Goti sobre la justificación del castigo, con un énfasis especial en sus escritos relacionados con el Juicio a las Juntas y su rechazo al retribucionismo como teoría que le pueda proporcionar un sustento teórico. En particular, argumentaré que, contrariamente a lo que sostienen estos autores, el retribucionismo no exige que todos los culpables sean castigados, por lo que la principal objeción que dirigen a esa teoría resulta infundada. En la segunda parte del artículo, me concentraré en la teoría que Malamud Goti ofrece como alternativa al retribucionismo tradicional, es decir, el retribucionismo basado en la víctima. Luego de presentar esta teoría, argumentaré que no se distingue de las variantes tradicionales del consecuencialismo, en la medida en que las consecuencias a las que apela son, a diferencia de lo que sostiene Malamud Goti, contingentes y no necesarias o conceptuales.

Palabras clave: JUICIO A LAS JUNTAS. TEORÍAS DE LA PENA. RETRIBUCIONISMO. JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO.

Abstract:

In this article I examine recurring themes in Carlos Nino's and Jaime Malamud Goti's contributions to the debate on the justification of punishment, with particular emphasis on their discussion of the Juicio a las Juntas. Specifically, I argue that, contrary to their view, retributivism does not require that all the guilty be punished. Therefore, their main objection to retributivism is unfounded. In the second part of this paper, I focus on Malamud Goti's proposed alternative to traditional retributivism, namely, his victim-based retributivism. After presenting this theory, I contend that it is indistinguishable from other variants of consequentialism, as the consequences it considers relevant are, contrary to Malamud Goti's claims, contingent rather than necessary or conceptual.

* Agradezco al Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law por brindarme una beca para realizar una estancia de investigación, en cuyo marco realicé este trabajo.

† Abogado (UNMdP); LL.M. (Columbia University).



Keywords: JUICIO A LAS JUNTAS. THEORIES OF PUNISHMENT. RETRIBUTIVISM.
JUSTIFICATION OF PUNISHMENT.

1. Introducción

Si uno fuera a hacer un repaso de la discusión acerca de la justificación del castigo en la Argentina, sería ineludible mencionar el papel que en ella ha cumplido el Juicio a las Juntas. En efecto, algunos de los principales trabajos en la materia –pienso en *Juicio al mal absoluto*¹ y en los artículos compilados en *Crímenes de Estado*²– tienen una vinculación directa con ese proceso. Los autores de estos textos –Carlos Nino y Jaime Malamud Goti, respectivamente– desempeñaron un papel fundamental en el diseño del juicio, en su carácter de integrantes del grupo de asesores del presidente Alfonsín coloquialmente conocidos como “los filósofos”. Allí expusieron algunos de los problemas filosóficos vinculados a la utilización del derecho penal para lidiar con violaciones a los derechos humanos en contextos de transición democrática, dando como fruto importantes contribuciones a la literatura acerca de la justificación del castigo.

Más allá del interés que pueda suscitar como curiosidad histórica, este trasfondo permite ilustrar la estrecha relación existente entre la teoría y la práctica: lejos de tratarse de filósofos teorizando desde una torre de marfil, estos autores indagaron en cuestiones filosóficas abstractas inspirados por preocupaciones reales y bastante urgentes, que exigían abordar preguntas tales como: ¿debe castigarse a los responsables de los crímenes de la dictadura, o es preferible prescindir del derecho penal y optar por alternativas de pacificación no punitivas? En caso de que el castigo sea la opción adecuada, ¿se debe juzgar a todos los militares o solo a algunos? Y para el caso de que se decida juzgar a algunos, ¿a quiénes? ¿Cómo debe distinguirse el aporte y la responsabilidad de cada grupo? Aún más importante, ¿cómo puede llevarse a cabo el castigo de los militares sin poner en riesgo la precaria estabilidad de la democracia? ¿Qué teoría del castigo debe –o puede– guiar estas decisiones?

El Juicio a las Juntas fue, en parte, el resultado de las respuestas que Nino y Malamud Goti ofrecieron a esas preguntas. Asimismo, la experiencia de ese juicio inspiró trabajos posteriores de estos autores, completando de esta forma el círculo.

En este artículo quisiera retomar algunos temas recurrentes en esos trabajos. Me interesa, en particular, criticar la manera en que los autores mencionados reconstruyen una de las posiciones en pugna en la discusión acerca de la justificación del castigo, a saber, el retribucionismo. En efecto, creo que una de sus principales objeciones a esa teoría se disipa una vez que se efectúan ciertas precisiones conceptuales.

Concretamente, Nino y Malamud Goti entienden que el retribucionismo no es una opción atractiva para fundamentar el juzgamiento de los crímenes de la dictadura porque se trata de una teoría que exige el castigo de todos los culpables, lo cual en el frágil contexto democrático del

¹ Carlos Santiago Nino, *Juicio al mal absoluto: ¿hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* (Siglo Veintiuno Editores Argentina 2015).

² Jaime Malamud Goti, *Crímenes de Estado: dilemas de la justicia* (1a edición, Hammurabi, José Luis Depalma, editor 2016).

gobierno de Alfonsín resultaba inviable. En sentido contrario, sostendré que el retribucionismo, si se reconstruye adecuadamente, no exige tal cosa, por lo cual la objeción se evapora.

Si bien ambos autores rechazan el retribucionismo con argumentos similares, luego toman caminos distintos al momento de pronunciarse a favor de una justificación del castigo que pueda servir como alternativa. Nino defendió, famosamente, una teoría de corte prevencionista, aunque morigerada mediante la introducción del concepto de “consentimiento”, la cual ha sido –y sigue siendo– ampliamente discutida, tanto en la academia local como la anglosajona. Malamud Goti, por su parte, propone una variante novedosa del retribucionismo –el retribucionismo basado en la víctima– que, a su juicio, no presenta los mismos problemas que la versión tradicional. Quizá de manera injustificada, esta posición no ha sido demasiado discutida en nuestro medio académico, mayormente influido por los desarrollos teóricos provenientes de la dogmática penal continental. En la segunda parte del artículo pretendo contribuir a rectificar esa omisión, ofreciendo un análisis crítico de la teoría elaborada por Malamud Goti.

La estructura del trabajo es la siguiente. A continuación, (2) comenzaré presentando la objeción principal que Malamud Goti y Nino formulan contra el retribucionismo. Luego, (3) ofreceré una reconstrucción alternativa del retribucionismo que, como argumentaré en el punto subsiguiente (4), permite evadir esa objeción. Seguidamente (5), analizaré los aspectos en los que Nino y Malamud Goti discrepan: a saber, el efecto preventivo del castigo frente a crímenes masivos y el papel de la inculpación. Posteriormente (6), presentaré la teoría que Malamud Goti formula como alternativa al retribucionismo tradicional –el retribucionismo basado en la víctima– y (7) realizaré algunos comentarios críticos al respecto. Finalmente, (8) desarrollaré las conclusiones de esta investigación.

2. ¿Juzgar a todos o solo a algunos? El (falso) dilema entre el consecuencialismo y el retribucionismo

Cuenta Martín Farrell (otro integrante del grupo de “los filósofos”) en su prólogo a un reciente libro de Federico Morgenstern –que tiene como personaje principal a Jaime Malamud Goti– que, en una conversación con el presidente Alfonsín, le dijo “no permita que nadie lo convenza de que Kant es un mejor filósofo moral que Bentham”.³

Esta vieja tensión entre la ética deontológica y la ética utilitarista resulta relevante para el contexto post-dictatorial porque uno de los dilemas en ese momento era si se debía enjuiciar a todos los militares que pudieran haber tenido algún tipo de participación en los crímenes de la dictadura, o solo a algunos. La primera opción se adecuaba más a los requerimientos de un ideal de justicia abstracto y al reclamo de un sector de la sociedad, pero suponía el riesgo de una nueva sublevación militar; la segunda permitía lograr *algo* de justicia sin poner en riesgo la estabilidad

³ Federico Morgenstern, *Contra La Corriente: Un Ensayo Sobre Jaime Malamud Goti, El Juicio a Las Juntas y Los Procesos de Lesa Humanidad* (Ariel 2024).

democrática, a costa de renunciar a la pretensión de castigar a todo aquel que hubiera cometido delitos en el marco de la dictadura.⁴

Tanto Nino como Malamud Goti identificaron la primera alternativa con el retribucionismo, y la segunda con el consecuencialismo.

Así, Nino sostuvo:

“La posición de los grupos de derechos humanos respecto de la justicia retroactiva era intransigentemente retributiva. Buscaban castigar a todos y cada uno de los responsables de los abusos, sin importar los grados de su participación. Mantenían una visión kantiana del castigo; aun si la sociedad se acercara al límite de la disolución, tenía el deber de castigar hasta el último culpable”.⁵

Por su parte, Malamud Goti señaló que:

“...para un RT [retribucionista tradicional], el deber de castigar abarca a todos los que participaron en una transgresión a la ley penal. Esta obligación subsiste aún frente a la amenaza cierta de que una revuelta militar dé por tierra con la democracia (...) Para los RT coherentes, el castigo debe ser impuesto a todos los que ordenaron, perpetraron o contribuyeron en la ejecución de una violación y a quienes encubrieron al violador u ocultaron la violación; y también a todos los que auxiliaron a los transgresores u omitieron denunciar los hechos”.⁶

Esta aparente intransigencia de la posición retributiva es una de las principales razones por las cuales Nino y Malamud Goti –quienes muy razonablemente estaban interesados no sólo en castigar a los culpables de los crímenes de la dictadura, sino también en conservar la democracia– encontraron reparos a la adopción del retribucionismo como teoría que pudiera brindar un fundamento moral al juicio que habrían de promover.

Sin embargo, creo que la manera en que ambos autores reconstruyen la posición retribucionista es poco caritativa, y esta falencia repercute en la fuerza de su objeción. Para ilustrar este punto, a continuación ofreceré una presentación alternativa del retribucionismo que encuentro más atractiva.

3. ¿Qué es el retribucionismo?

⁴ Una interesante discusión acerca del conflicto entre el castigo y el perdón en el marco de la Argentina post-dictatorial puede encontrarse en Luciano Damián Laise, ‘Pasar la página ante el mal absoluto: una revisión crítica del debate Mignone-Nino sobre el perdón de los delitos de lesa humanidad’ [2023] Revista Jurídica Digital UANDES 98.

⁵ Nino (n 1) 194.

⁶ Malamud Goti (n 2) 132.

He adelantado que, a diferencia de lo que sostienen Nino y Malamud Goti, el retribucionismo no está comprometido con la existencia de un deber categórico de castigar a todos los culpables que no admite ningún tipo de concesión. Pero afirmar lo anterior me lleva necesariamente a tener que especificar qué es lo que entiendo por retribucionismo.

Pues bien, para comenzar, es importante tener en cuenta que el retribucionismo no es el nombre de una teoría en particular, sino de un grupo o familia de teorías que comparten algunas similitudes, pero entre las cuales también existen diferencias significativas.⁷

Sin embargo, esto no implica que no sea posible identificar al menos un núcleo de ideas centrales a esas teorías. Si tales ideas no pudieran siquiera delinearse, el retribucionismo sería una clase vacía de contenido; una especie de comodín que puede ser invocado para referirse a cualquier teoría o combinación de teorías posible. No obstante, dado su protagonismo en la filosofía penal contemporánea, como también la inteligibilidad del debate entre retribucionistas y anti-retribucionistas,⁸ este no parece ser el caso. Partiendo de esta base, a continuación procuraré brindar un panorama de las posiciones que suelen agruparse bajo el rótulo “retribucionismo”. No pretendo con ello brindar una taxonomía exhaustiva, ni mucho menos definitiva, sino explorar el mapa conceptual que subyace a la utilización de esa expresión.

3.1. El rol del merecimiento

No es demasiado controversial afirmar que el elemento distintivo de las teorías retribucionistas –su mínimo común denominador– es la centralidad que en ellas ocupa el concepto de *merecimiento*.⁹ A grandes rasgos, la principal tesis del retribucionismo es que el castigo se justifica por el merecimiento *negativo* del malhechor.¹⁰ Ahora bien, ¿qué quiere decir que alguien *merezca* algo?

A partir de los importantes aportes de Feinberg¹¹ y Berman¹², se suele concebir al merecimiento como una noción moral básica –es decir, que no está lógicamente conectada con

⁷ Mitchell N Berman, ‘Retributivism’ U of Penn Law School, Public Law Research Paper <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4150826>.

⁸ Algunos ejemplos de trabajos recientes dirigidos abiertamente a refutar el retribucionismo son Erin Kelly, *The Limits of Blame: Rethinking Punishment and Responsibility* (Harvard University Press 2018); Gregg D Caruso, *Rejecting Retributivism: Free Will, Punishment, and Criminal Justice* (Cambridge University Press 2021); Victor Tadros, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law* (Oxford University Press 2013).

⁹ Bedau ilustra este punto con una metáfora: “[E]l retribucionismo sin el merecimiento (...) es como Hamlet sin el Príncipe de Dinamarca”; Hugo Adam Bedau, ‘Retribution and the Theory of Punishment’ (1978) 75 *The Journal of Philosophy* 601, 608.

¹⁰ Mitchell Berman, ‘Two Kinds of Retributivism’ [2011] *The Philosophical Foundations of Criminal Law* <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2353>. El calificativo “negativo” cumple la función de distinguir al merecimiento que es relevante para el retribucionismo de aquel “positivo” que resulta relevante para la asignación de un premio o recompensa, como cuando decimos que un alumno *mereció* una nota muy alta por su excelente examen.

¹¹ Joel Feinberg, *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press 1970).

¹² Berman, ‘Two Kinds of Retributivism’ (n 10).

instituciones, prácticas o reglas¹³– y que puede representarse como una relación triádica que involucra a un agente (el *sujeto* de merecimiento), quien merece algo (el *objeto* de merecimiento), en virtud de la posesión de alguna propiedad relevante (la *base* del merecimiento).¹⁴

Es un punto relativamente pacífico en la literatura que, en la relación que resulta de interés para el retribucionismo, el sujeto relevante es un *malhechor*¹⁵ (*wrongdoer*) y la base de merecimiento es la comisión de un *ilícito culpable* (*culpable wrongdoing*).¹⁶ Una cuestión un poco más contenciosa es la determinación de cuál es el *objeto* de merecimiento o, en otras palabras, *qué* es lo que merecen los malhechores.

Dado que el retribucionismo suele aparecer como una respuesta posible al problema de la justificación de la pena *estatal*, podría parecer una obviedad que, en este contexto, lo que merecen los delincuentes es, justamente, una pena. Pero plantear la cuestión en estos términos hace que el argumento a favor del retribucionismo resulte tautológico, en la medida en que se estaría afirmando que el castigo de los infractores se justifica por el hecho de que los infractores merecen ser castigados.¹⁷ Como señala Berman, el retribucionismo es capaz de eludir este problema si lo que se postula como objeto del merecimiento es el *sufrimiento* del infractor, en lugar de la pena.¹⁸ Y esto último es, en efecto, lo que la mayoría de los retribucionistas sostiene.¹⁹

Sin perjuicio de que la variante retribucionista que identifica el objeto de merecimiento con el sufrimiento del delincuente logra evadir el cargo de circularidad, ella resulta susceptible a la objeción de la “sucesión irracional de dos *males*”. Según esta, es irracional pensar que el mal que caracteriza al sufrimiento del delincuente ocasionado por el castigo, sumado al mal ocasionado

¹³ Feinberg (n 11) 56.

¹⁴ Fred Feldman and Brad Skow, ‘Desert’ in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/desert/>>.

¹⁵ Utilizo aquí la palabra “malhechor”, que es la traducción que hace Zaibert de *wrongdoer*, porque creo que captura adecuadamente el alcance de la palabra en inglés, en tanto un *wrongdoer* es alguien que actúa *mal* en términos generales, con independencia de si su comportamiento infringe normas institucionalizadas. Ver Leo Zaibert, ‘La justificación del castigo, la complejidad de la vida moral y los cambios de paradigma’ [2019] EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad 347. Por el contrario, utilizaré “delincuente” e “infractor” de manera intercambiable para traducir *offender*, evitando así el inusual “ofensor”.

¹⁶ Utilizo aquí la traducción que hace Braccacini de *culpable wrongdoing*. Ver Fernando Braccacini, ‘Retribución y sufragio | Revista Argentina de Teoría Jurídica’. Es importante aclarar que, para la mayoría de los retribucionistas, no toda violación a una norma penal implica, *eo ipso*, que el infractor merezca ser castigado. Para que ello suceda, la infracción tiene que configurar una acción *incorrecta* y quien la ejecuta debe obrar de manera culpable. De aquí surgen los dos elementos del merecimiento: la corrección de la acción y la culpabilidad del autor. Solo los positivistas ideológicos sostendrían que toda infracción de una norma penal implica, por sí misma, una acción incorrecta.

¹⁷ Berman, ‘Two Kinds of Retributivism’ (n 10) 7.

¹⁸ *ibid.*

¹⁹ Bagaric y Amarasekara van más allá y dicen que *todas* las teorías retribucionistas sostienen que los delincuentes (*offenders*) merecen sufrir. Ver Mirko Bagaric and Kumar Amarasekara, ‘The Errors of Retributivism’ [2000] Melbourne University Law Review <<https://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/MelbULawRw/2000/5.html>>.

por el delito, constituya un bien.²⁰ Confrontado con esta objeción, el retribucionista puede responder de dos formas. La primera es negando que el sufrimiento sea siempre disvalioso en sí mismo (lo cual lo convertiría en un retribucionista *axiológico*, conforme será desarrollado más abajo). La segunda es reemplazando el objeto del merecimiento por otra cosa que no sea el sufrimiento; por ejemplo, afirmando que los delincuentes no merecen sufrir sino que su vida vaya peor,²¹ o se les comunique un reproche (*censure*),²² o se los castigue —donde el hecho de *ser castigado* equivale a recibir un tipo de *respuesta*—,²³ o que deban soportar una interferencia en su libertad normativa,²⁴ o que la ventaja injusta que han obtenido sobre sus conciudadanos a través de su acto ilícito sea removida,²⁵ entre otras alternativas.

Podríamos, por lo tanto, distinguir distintas variedades de retribucionismo con arreglo a cómo reconstruyen el objeto del merecimiento. No obstante, el rasgo común que comparten estas posiciones —y que permite agruparlas dentro de la familia retribucionista— es que todas asignan un rol preponderante al merecimiento; es decir, según ellas, la consideración de que el delincuente merezca sufrir (o que su vida vaya peor, o ser castigado, o lo que fuera que se entienda por objeto de merecimiento) es una parte importante, cuando no decisiva, de la explicación acerca de por qué es moralmente aceptable que se le imponga una pena.

Sin embargo, los retribucionistas también discrepan a la hora de especificar cuál es, concretamente, el rol que cumple el merecimiento en esa explicación.

Una corriente de autores propone una interpretación del merecimiento en términos *axiológicos* (i.e., relacionados con el *valor*), de acuerdo con la cual es *intrínsecamente valioso* que los delincuentes obtengan su merecido.²⁶

Otro grupo sostiene que la tesis del merecimiento debería ser interpretada en términos *deónticos* (i.e., relacionados con la pregunta de *cómo deberíamos actuar*²⁷). De acuerdo con esta lectura, del hecho de que un sujeto S merezca un cierto trato T, se sigue que tenemos el deber de asegurar que S reciba T, o que tenemos una razón positiva para procurar que S reciba T, o, cuando menos, que estamos habilitados para hacerlo.

²⁰ Podría decirse que esta es la principal objeción contra al retribucionismo. Nino la plantea en los siguientes términos: “[E]l retribucionismo (...) presupone que resulta a veces apropiado responder a un mal con otro mal. Sin embargo, al sumar el mal del crimen con el mal del castigo sin tomar en cuenta otros factores, mi aritmética moral me lleva consistentemente a creer que tenemos aquí ‘dos males’ más que ‘un bien.’” Nino (n 1) 223.

²¹ Mitchell N Berman, ‘Rehabilitating Retributivism’ (2013) 32 Law and Philosophy 83.

²² RA Duff and RA Duff, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford University Press 2003).

²³ Leora Dahan Katz, ‘Response Retributivism: Defending the Duty to Punish’ (2021) 40 Law and Philosophy 585.

²⁴ Linda Radzik and others, *The Ethics of Social Punishment: The Enforcement of Morality in Everyday Life* (Cambridge University Press 2020).

²⁵ Herbert Morris, ‘Persons and Punishment’ (1968) 52 The Monist 475.

²⁶ Zaibert cree que este compromiso axiológico es esencial al retribucionismo, de manera que, si uno no adhiere a él, no es un retribucionista. Ver Leo Zaibert, *Rethinking Punishment* (Cambridge University Press 2018) 15. Berman discrepa. Ver Mitchell N Berman, ‘Review of *Rethinking Punishment*’ <<https://ndpr.nd.edu/reviews/rethinking-punishment/>> .

²⁷ Zaibert, *Rethinking Punishment* (n 26) 13.

Ambas tesis son conceptualmente independientes y no resultan mutuamente excluyentes; es decir, es lógicamente posible ser un retribucionista axiológico y no deóntico,²⁸ deóntico y no axiológico,²⁹ y axiológico y deóntico.³⁰

Para los retribucionistas axiológicos, el sufrimiento merecido se distingue de aquel que no es merecido porque el primero, a diferencia del segundo, es intrínsecamente valioso. Según esta visión, el sufrimiento tiene un valor que es *por default* negativo, pero que varía cuando es merecido.³¹ El merecimiento, por lo tanto, altera la valencia del sufrimiento. Los retribucionistas axiológicos son entonces aquellos que piensan que el sufrimiento merecido es un bien intrínseco.

Para los retribucionistas deónticos, en cambio, el hecho de que el malhechor merezca un determinado trato tiene implicaciones deónticas, es decir, relativas al ámbito de lo que es correcto o incorrecto, con independencia de si el sufrimiento merecido es considerado un bien intrínseco o no. El retribucionismo deóntico puede clasificarse, asimismo, como fuerte, moderado o débil.

Para el retribucionismo débil, el merecimiento negativo del malhechor es una mera condición necesaria pero no suficiente para el castigo³²; para el moderado, el merecimiento opera como una condición necesaria y suficiente para el castigo, pero no impone el deber de castigar; para el fuerte, el merecimiento constituye una condición necesaria y suficiente, cuya satisfacción además impone el deber de castigar.³³

3.2. El contraste con el consecuencialismo

Otra manera posible –y ciertamente habitual– de caracterizar al retribucionismo es de forma *negativa*, es decir, en contraste con, o por oposición a, otro grupo de teorías. En efecto, si uno consulta cualquier libro o artículo introductorio acerca de la justificación del castigo, se encontrará con que existen dos posturas que son contrapuestas, a saber, el consecuencialismo y el retribucionismo.³⁴

Para las teorías consecuencialistas, la pena puede justificarse a partir del estado de cosas valioso que su imposición produce, o que puede esperarse razonablemente que produzca. Para el retribucionismo, en cambio, el castigo se justifica porque constituye una respuesta que es merecida, justa o apropiada frente al accionar ilícito, con independencia de sus efectos

²⁸ Como lo es Zaibert. Ver Zaibert, *Rethinking Punishment* (n 26).

²⁹ Como Dahan Katz. Ver Dahan Katz (n 23).

³⁰ Como Michael Moore. Ver Michael S Moore, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (Oxford University Press 2010).

³¹ Zaibert, *Rethinking Punishment* (n 26) 54.

³² Moore no cree que una teoría que asigna al merecimiento el carácter de una condición meramente necesaria para el castigo justificado sea genuinamente retribucionista. Ver Moore (n 45) 88.

³³ Larry Alexander, Kimberly Kessler Ferzan and Stephen J Morse, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (Cambridge University Press 2009) 7.

³⁴ Zaibert llega al punto de afirmar que el debate acerca de la justificación del castigo es el debate entre el retribucionismo y el consecuencialismo. Ver Leo Zaibert, *Punishment and Retribution* (Repr, Ashgate 2008) 7.

beneficiosos.³⁵ Las primeras tienen una orientación prospectiva (*forward-looking*) dado que fundamentan la justificación de la pena en sus resultados; las segundas tienen una orientación retrospectiva (*backward-looking*) en la medida que las consideraciones a las que aluden para justificar el castigo remiten a hechos que han ocurrido con anterioridad a su imposición.

Un punto importante para remarcar aquí –y que permite desenredar una cierta confusión de planos que se percibe en el tratamiento que Nino y Malamud Goti dan al retribucionismo– es la relación existente entre las teorías acerca de la justificación del castigo y las teorías éticas generales, es decir, las teorías acerca de qué es lo moralmente correcto, incorrecto o permisible.³⁶ En el plano de la teoría ética, el consecuencialismo es la posición según la cual lo *único* que importa para determinar si una acción, regla, o práctica es correcta o incorrecta son las consecuencias de esa acción, regla o práctica.³⁷ El no-consecuencialismo es la visión según la cual las consecuencias de una acción, regla o práctica no son todo lo que importa para determinar qué es lo correcto o incorrecto.³⁸ De tal forma, lo que es distintivo de las teorías éticas no consecuencialistas no es que ignoren las consecuencias, sino que establecen restricciones a su búsqueda –las cuales, a su vez, no están justificadas en términos de las consecuencias buscadas–.³⁹ Esto es capturado en el famoso pasaje de Rawls: “[T]odas las doctrinas éticas dignas de atención toman en cuenta las consecuencias al juzgar lo justo. Si alguna no lo hace así sería irracional”.⁴⁰

En el marco de la discusión acerca de la justificación del castigo, el consecuencialismo es la teoría según la cual la imposición de la pena se justifica por sus consecuencias positivas, pero esta posición no va necesariamente de la mano con una tesis consecuencialista en el plano de la teoría ética general.⁴¹ Es, por lo tanto, perfectamente posible defender una teoría consecuencialista acerca del castigo apoyada en una ética general no consecuencialista.⁴² De manera inversa, algunas formulaciones del retribucionismo resultan compatibles con una ética general consecuencialista.⁴³

³⁵ Mitchell Berman, “The Justification of Punishment” 144 en Andrei Marmor (ed), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (Routledge 2012)

³⁶ *ibid.*

³⁷ Tadros (n 8) 32.

³⁸ *ibid.*

³⁹ JP Edwards y AP Simester, “Prevention with a Moral Voice” 48 en AP Simester and others (eds), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Hart Publishing 2014).

⁴⁰ John Rawls, *Teoría de La Justicia* (2da ed., Fondo de Cultura Económica 2012) 41.

⁴¹ Berman, ‘Two Kinds of Retributivism’ (n 25) 5 y ‘The Justification of Punishment’ (n 50) 145; Moore (n 45) 155–156.

⁴² Tal es el caso de la teoría que desarrolla Victor Tadros. Para evitar la ambigüedad de la palabra “consecuencialista”, en tanto se utiliza para designar una teoría acerca de la justificación del castigo y también una teoría ética general, Tadros utiliza el término “instrumentalista” para referirse a la primera. Ver Tadros (n 8) 3.

⁴³ Un ejemplo de una combinación de este tipo puede encontrarse en la teoría de Beling, de acuerdo con la reconstrucción que hace Mañalich. Ver Juan Pablo Mañalich, ‘Retribucionismo Consecuencialista Como Programa de Ideología Punitiva: Una Defensa de La Teoría de La Retribución de Ernst Beling’ InDret.

3.3. Retribucionismo consecuencialista

Dada su estructura, las teorías consecuencialistas pueden asumir diversos criterios acerca de qué es lo que hace que un determinado estado de cosas sea bueno o deseable. Comúnmente, el valor perseguido por tales teorías es lo que a grandes rasgos podría llamarse una “reducción del daño”, y lo que vendría a distinguir las diversas formas de consecuencialismo, entre las que se enmarcan las distintas variedades del prevencionismo,⁴⁴ son los mecanismos causales a través de los cuales se pretende maximizar ese valor.⁴⁵ Por ejemplo, para la prevención especial positiva la reducción del daño se consigue a través de la rehabilitación del delincuente, mientras que para la prevención general negativa ese mismo objetivo se logra a través de la transmisión efectiva de un mensaje intimidatorio dirigido a la sociedad. Pero las teorías consecuencialistas también pueden perseguir otros valores distintos a la reducción del daño, como la educación moral de los ciudadanos o el afianzamiento de las normas jurídicas.⁴⁶

Otro de los valores que una teoría consecuencialista puede buscar potenciar o maximizar es la imposición de sufrimiento merecido. En tal caso, podríamos hablar de un consecuencialismo retribucionista o, de manera análoga, de un retribucionismo consecuencialista.⁴⁷ Recordemos que la tesis que caracteriza a una particular interpretación del retribucionismo –el retribucionismo axiológico– es que el sufrimiento merecido es intrínsecamente valioso. Esta tesis es perfectamente compatible con una estructura consecuencialista, dado que es posible concebir a la producción de sufrimiento merecido como una consecuencia que debe maximizarse.

La posibilidad de formular un retribucionismo consecuencialista en estos términos parecería poner en jaque la oposición antes mencionada entre las teorías consecuencialistas y el retribucionismo, en la medida en que el retribucionismo colapsaría con el consecuencialismo. Sin embargo, no todas las versiones del retribucionismo resultan compatibles con una estructura consecuencialista. En efecto, si concebimos al retribucionismo como una teoría de acuerdo con la cual el castigo es un tipo de *respuesta* a la comisión de un ilícito culpable que se justifica por sí misma –y no por lo que ella *produce*–, la estructura consecuencialista deviene inadecuada.⁴⁸ En este último supuesto, la oposición entre el retribucionismo y las teorías consecuencialistas tiene perfecto sentido.

3.4. Recapitulación

⁴⁴ De acuerdo con la clasificación tradicional, se puede distinguir entre la prevención general positiva, prevención general negativa, prevención especial positiva y prevención especial negativa.

⁴⁵ Berman, 'The Justification of Punishment' (n 50) 145.

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ Berman, 'Two Kinds of Retributivism' (n 10). Una buena presentación del retribucionismo consecuencialista puede encontrarse en Agustín De Luca, 'Retribucionismo Consecuencialista En La Filosofía Penal Anglosajona: ¿una Alternativa Viable a Las Teorías Absolutas?' [2023] Revista en Ciencias Penales y Criminológicas.

⁴⁸ Un ejemplo de una teoría retribucionista de este tipo es la defendida por Dahan Katz. Ver Dahan Katz (n 23).

En definitiva, no hay un único criterio universalmente aceptado para determinar cuándo una teoría es retribucionista. Por esta razón, los teóricos del castigo suelen tener desacuerdos acerca de la pertenencia de una teoría en particular a esa familia.

Entre los elementos que suelen tenerse en cuenta para calificar una teoría como retribucionista figuran el papel que ocupa el concepto de merecimiento, su orientación retrospectiva, el valor intrínseco asignado al castigo y/o sufrimiento del infractor, y la invocación a consideraciones de justicia.

Sin embargo, las distintas variedades del retribucionismo difieren en cómo interpretan la noción de merecimiento, cómo reconstruyen el objeto de merecimiento, y qué implicaciones normativas derivan de la afirmación de que un sujeto merece un determinado trato, entre otros aspectos. Algunas formulaciones establecen un contraste con las teorías consecuencialistas, mientras que otras resultan compatibles con esa estructura. Una corriente de retribucionistas respalda su posición en una teoría de la justicia de carácter pre-institucional y otra lo hace a partir de las obligaciones que surgen en virtud de reglas institucionales; algunos suscriben a una ética deontológica y otros a una ética consecuencialista, y las distinciones podrían seguir acumulándose.

Dada esta heterogeneidad, cualquier definición de retribucionismo va a resultar, en alguna medida, discrecional, y lo más probable es que ella termine sin abarcar teorías que otros autores calificarían como retribucionistas. Pero esto no es necesariamente un problema, dado que la definición de un término técnico como “retribucionismo” no pretende capturar el uso regular que una palabra *ya tiene* en una determinada comunidad lingüística, sino proveer un criterio de demarcación que sea en algún aspecto *útil* para comprender o avanzar la discusión filosófica en la que dicha definición se enmarca.⁴⁹ No he pretendido, sin embargo, brindar una definición semejante en este apartado; mi objetivo, más modesto, ha sido dar cuenta de la pluralidad de posiciones que se hallan dentro de la familia de teorías retribucionistas.

4. Reevaluando la objeción de Nino y Malamud Goti

Creo que el panorama brindado en el punto anterior (3) puede servir para reevaluar la objeción considerada en el punto (2).

En efecto, a partir de la reconstrucción que he efectuado, resulta claro que no todas las versiones existentes del retribucionismo exigen el castigo de *todos* los culpables con independencia de las consecuencias que este pueda generar.

El retribucionismo axiológico no demanda eso porque se trata de una tesis neutral con respecto a qué es lo que deberíamos *hacer*: en su núcleo se encuentra la afirmación de que el sufrimiento merecido es intrínsecamente valioso, pero de ningún modo se compromete a negar que existan

⁴⁹ Podríamos decir que no se trata de una definición *lexicográfica*, sino de una definición *teórica*. Vease Irving M Copi, *Introducción a La Lógica* (2da. ed., Limusa 2013) 115–123.

otros valores que, en determinadas circunstancias, puedan tener un mayor peso que el sufrimiento merecido, y mucho menos a establecer algo así como un deber de impartirlo. De hecho, esta versión del retribucionismo es compatible con una estructura consecuencialista, e incluso con una ética general consecuencialista.

El retribucionismo deóntico débil tampoco establece que se deba castigar a todos los culpables, puesto que ve en el merecimiento una mera condición necesaria para la admisibilidad del castigo. Por ende, para esta variante, el hecho de que un sujeto merezca ser castigado *habilita*, pero no exige, que se lo castigue.

De manera similar, el retribucionismo deóntico moderado no implica un deber semejante dado que concibe al merecimiento como una razón *pro tanto* a favor de castigar,⁵⁰ a ser sopesada con otros principios o valores que operan como razones que podrían triunfar en el balance final. Solo queda en pie el retribucionismo deóntico fuerte, de acuerdo con el cual sí existiría un deber de castigar a todos –y solo a– los culpables. Sin embargo, ninguna interpretación razonable de esta tesis podría insistir en que se trata de un deber *absoluto*. Reconocer esto no implica renunciar a la idea de que existe un deber de castigar a los culpables, sino simplemente conceder que dicho deber puede, en ocasiones, ceder ante otras consideraciones u otros deberes. Después de todo, así es como funcionan las razones para actuar en términos generales.⁵¹ Un ejemplo puede ayudar a ilustrar este punto.

Supongamos que les he prometido a mis padres que los iré a buscar al aeropuerto. Puede entonces decirse que tengo el *deber* de cumplir con esa promesa. No obstante, si mi hijo sufriera un accidente ese mismo día, el deber de recoger a mis padres por el aeropuerto cedería frente al deber de llevar a mi hijo al hospital. Sostener lo contrario implicaría asumir una concepción absoluta de los deberes que, cual dogma, no resistiría ningún filtro racional. El carácter implausible de una posición semejante queda en evidencia al constatar que no existe ningún retribucionista que la sostenga.

Tomemos, por ejemplo, la postura de Michael Moore, el retribucionista moderno más famoso. Moore sostuvo en un pasaje ampliamente citado que el merecimiento “le da a la sociedad más que un mero derecho a sancionar a los delincuentes culpables (...) para el retribucionista, la responsabilidad moral del delincuente también establece para la sociedad el deber de sancionar. En otras palabras, el retribucionismo es realmente una teoría de la justicia tal que, de ser correcta, tenemos la obligación de conformar nuestras intuiciones de modo que se consiga la retribución”.⁵²

⁵⁰ Ver Mitchell Berman, ‘Modest Retributivism’, en Kimberly Kessler Ferzan, Stephen J Morse and Michael S Moore, *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore* (Oxford university press 2016); y Mark D White, ‘Pro Tanto Retributivism: Judgment and the Balance of Principles in Criminal Justice’, en Mark D White (ed), *Retributivism: Essays on Theory and Policy* (Oxford University Press 2011).

⁵¹ Agradezco a un referi anónimo por identificar la necesidad de aclarar este punto, proveyendo un ejemplo similar al que brindo a continuación.

⁵² Moore (n 30) 91. Tomo la traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, *El Derecho Penal Desde La Política Criminal: Ensayos Sobre Dogmática, Economía y Filosofía Del Derecho Penal* (1a. Edición, Hammurabi 2021) 210–211.

Sin embargo, luego matiza esta afirmación introduciendo la idea de “umbral deontológico” (*threshold deontology*), de acuerdo con la cual el deber de castigar a todos los culpables cesa en el momento en que su cumplimiento acarree consecuencias que son suficientemente negativas, lo que supone que se ha cruzado un determinado umbral. Antes de llegar a ese umbral, la directiva de la norma categórica excluye las consideraciones consecuencialistas que puedan jugar en su contra; una vez cruzado, las razones consecuencialistas se imponen por sobre el mandato de aquella.

De esto se puede concluir que incluso Moore –acaso el más “puro” de los retribucionistas modernos– advierte que el retribucionismo no debe ser interpretado como una teoría que establece un deber *absoluto* de castigar a todos los culpables. Su posición, antes bien, admite que el deber de castigar a quienes lo merecen ceda ante consideraciones consecuencialistas cuando se cruza un cierto umbral –y, en el caso que resulta de nuestro interés, es plausible suponer que el umbral en cuestión sería atravesado si el castigo de todos los militares supusiese un peligro cierto para la democracia–.

Ni siquiera resulta claro que Kant –el retribucionista por excelencia– defienda un retribucionismo déontico fuerte como el que Nino y Malamud Goti tienen en mente. Si bien se trata de un punto discutido, una serie de autores entiende que la atribución de esa posición a Kant deriva de una lectura aislada de algunos de sus pasajes –particularmente, el famoso fragmento de la sociedad isleña a punto de desintegrarse en la *Metafísica de las costumbres*⁵³–, cuando en realidad una lectura íntegra de su obra arroja como conclusión que su teoría de la pena se asemeja más a lo que hoy en día se conoce como una “teoría mixta”,⁵⁴ si es que puede decirse que haya formulado una teoría de la pena en absoluto.⁵⁵

En síntesis, lo que me interesa destacar es que la tesis según la cual todos los culpables deben ser castigados no es esencial al retribucionismo, pues no todas sus formulaciones suponen que exista tal deber, e incluso aquellas que lo hacen no lo caracterizan como un deber absoluto. Identificar al retribucionismo con la implausible tesis de que se debe castigar a todos los culpables aun cuando ello implique que se acabe el mundo es, por lo tanto, un mal punto de partida si lo que se pretende es evaluar los méritos de esa teoría.

El “enemigo” contra el que Nino y Malamud Goti dirigen su crítica es, de esta forma, una versión muy poco atractiva del retribucionismo, que refleja lo que Michael Moore tiene en mente

⁵³ “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.” Immanuel Kant and Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* (reimp, Tecnos 2008) 168–169.

⁵⁴ Don E Scheid, ‘Kant’s Retributivism’ (1983) 93 *Ethics* 262., Sarah Holtman, ‘Kant, Retributivism, and Civic Respect’ en White (n 50). Se llama “teorías mixtas” a aquellas que pretenden combinar, de manera armónica, consideraciones consecuencialistas y retribucionistas.

⁵⁵ Jeffrie G Murphy, ‘Does Kant Have a Theory of Punishment?’ (1987) 87 *Columbia Law Review* 509.

cuando dice: “[S]ería una burda caricatura del retribucionista dibujarle como alguien monomaniáticamente centrado en la consecución de la justicia retributiva”.⁵⁶

De todas maneras, creo que la conclusión a extraer de las reflexiones anteriores no es que Nino y Malamud Goti se *equivocuen* en su reconstrucción del retribucionismo –después de todo, la mayoría de los desarrollos teóricos que sirvieron para enriquecer y complejizar al retribucionismo como familia de teorías que guarda una gran heterogeneidad interna se produjeron *después* de que ellos escribieran sobre el tema—. Antes bien, lo que me interesa resaltar es que resulta posible formular una justificación del castigo basada en el merecimiento más atractiva a la que Nino y Malamud Goti tienen en mente, que incluso puede servir como fundamento del castigo a los autores de los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco de la última dictadura militar que gobernó el país. En efecto, cualquiera de las distintas versiones del retribucionismo que desarrollé en el punto anterior permite justificar el castigo de los militares *porque* lo merecen y aun así admitir que algunos militares no sean castigados, sin entrar en una contradicción interna. Tal contradicción solo se produciría si el retribucionismo exigiese el castigo de todos los culpables; pero, como he tratado de ilustrar, esto no es así.

5. Senderos que se bifurcan

Conforme lo expuesto hasta aquí, tanto Nino como Malamud Goti descartan al retribucionismo al momento de investigar cuál podría ser el fundamento moral del juicio a los principales responsables de los crímenes de la dictadura.⁵⁷ Sin embargo, cada uno toma un camino distinto a la hora de explorar una posible alternativa a esa teoría. Mientras que Nino procede a defender su teoría consensual del castigo, Malamud Goti desarrolla una variante alternativa de retribucionismo que llama “retribucionismo basado en la víctima”.

En lo que sigue, analizaré dos aspectos sobre los cuales los autores citados discrepan. Según entiendo, sus diferencias en estos puntos permiten explicar la posición que cada uno termina defendiendo.

⁵⁶ Ortiz de Urbina Gimeno (n 65) 209.

⁵⁷ En este artículo me he ocupado solo del argumento basado en la aparente intransigencia del retribucionismo. Si bien creo que esta es la principal objeción que ambos autores dirigen al retribucionismo, también formulan otras. En particular, Nino critica el retribucionismo por entender que se trata de una teoría incompatible con un Estado liberal, en la medida que se apoya en la formulación de un reproche dirigido contra el carácter de los infractores. De esta manera, el Estado que castiga retributivamente quedaría vinculado con una especie de perfeccionismo moral. Por otro lado, Nino y Malamud Goti se apoyan en Hanna Arendt y su concepto de “banalidad” del mal para sostener que los autores de crímenes masivos se sitúan por fuera de las interacciones morales ordinarias y, por esta razón, no son blancos susceptibles de reproche y castigo retributivo. Creo que este argumento no es decisivo, dado que las intuiciones morales que sirven de apoyo al castigo retributivo no varían de manera significativa entre los malhechores “banales” y los ordinarios: *ceteris paribus*, solemos pensar que los burócratas responsables por el asesinato de miles de personas *merecen* castigo al igual que los criminales comunes y corrientes. Este argumento, sin embargo, merece una respuesta más detallada, aunque no es este el lugar adecuado para elaborarla.

5.1. El efecto preventivo del castigo frente a crímenes cometidos a través del Estado

Si bien Malamud Goti rechaza “la noción de un juicio y un castigo cuya explicación descansa en razones retributivas”,⁵⁸ también se opone a justificar los juicios contra los militares en términos exclusivamente prevencionistas. Esta negativa se basa en su creencia de que, en el caso particular de ese tipo de delitos, el posible efecto disuasorio que podría tener el castigo es “bastante limitado”.⁵⁹ En este sentido, entiende que, dadas las estructuras desde las cuales se cometen esos crímenes, “el apoyo de camaradas y aliados a muchos criminales constituye una gratificación inmediata y capaz de contrarrestar los efectos remotos de una condena criminal”.⁶⁰ Por ende, si es que el castigo tiene algún efecto preventivo, este operaría, a lo sumo, respecto de los oficiales de mayor rango, quienes presumiblemente podrían temer ser expuestos como criminales ante la comunidad nacional e internacional. Para el resto de los oficiales, sin embargo, “el impacto disuasivo de las condenas sería neutralizado por los beneficios inmediatos que implicaría la violación de los derechos de terceros: dentro de las Fuerzas Armadas, la alabanza de sus camaradas y superiores”.⁶¹

Nino es un poco más optimista respecto del efecto preventivo del castigo en estos casos, pues considera que el hecho de que los juicios penales puedan disuadir a potenciales líderes de llevar a cabo un golpe de estado es un punto importante a favor de una mirada prevencionista. Además, cree que los juicios pueden servir para combatir los “patrones culturales y las tendencias que proveen suelo fértil para el mal radical”.⁶² En este sentido, y siguiendo a Judith Shklar, señala que los juicios (i) contribuyen a exponer la naturaleza de las atrocidades juzgadas de manera dramática y efectiva, (ii) refuerzan el Estado de Derecho cuando son conducidos con respeto a las garantías de los imputados y ante tribunales imparciales y (iii) disminuyen el impulso hacia la venganza privada, evitando así un posible baño de sangre.⁶³

Este desacuerdo entre Nino y Malamud Goti respecto del esperable efecto disuasorio del castigo en casos de criminalidad estatal permite explicar, en parte, por qué el primero defiende una teoría prevencionista, mientras que el segundo se rehúsa a hacerlo.

5.2. El papel de la “inculpación”

El segundo punto de discrepancia entre ambos autores tiene que ver con el papel que cada uno asigna a la “inculpación” (*blame*).

Para Nino, el retribucionismo presupone que el castigo va acompañado de un reproche: es decir, de un juicio mediante el cual se reprueba el accionar del infractor como deficitario de

⁵⁸ Malamud Goti (n 2) 78.

⁵⁹ *ibid* 81.

⁶⁰ *ibid* 81.

⁶¹ Jaime Malamud-Goti, ‘Punishment and a Rights-based Democracy’ (1991) 10 *Criminal Justice Ethics* 3; Nino, Böhmer and Maurino (n 1) 233.

⁶² Nino (n 1) 234.

⁶³ *ibid* 235–236.

acuerdo con algún estándar moral. Asimismo, considera que esta vinculación entre el castigo y el reproche hace que el retribucionismo sea incompatible con un estado liberal. Según su visión, dirigir un reproche hacia las actitudes internas de un sujeto implica necesariamente juzgar su *carácter*, lo cual compromete al Estado que formula tal reproche con un tipo de perfeccionismo moral que resulta inconsistente con el ideal de neutralidad respecto de los modelos de vida de los individuos que debe profesar un Estado que se precie de ser liberal.⁶⁴

Por este motivo, el autor citado prescinde del reproche moral y descarta al retribucionismo como una justificación del castigo aceptable en el marco de una filosofía política liberal, optando por una teoría decididamente prevencionista –y, como tal, también consecuencialista–, con la salvedad de que intenta evitar las implicaciones problemáticas de las teorías consecuencialistas mediante la incorporación de la noción de *consentimiento*.⁶⁵

Por el contrario, y sin perjuicio de que mantiene su crítica a lo que llama “retribucionismo tradicional”, Malamud Goti reivindica el papel de la “inculpación” (o reproche) en la justificación del castigo. Así, luego de criticar la teoría consensual de Nino con argumentos que a mi juicio resultan del todo convincentes, pasa a explicar por qué cree que prescindir de la inculpación no es una buena idea. En la base de su argumentación se encuentra una concepción de la inculpación como un mecanismo a partir del cual se establece una explicación “monocausal” de un cierto suceso que es, en esencia, simplificadora: el mensaje que a través de la inculpación se transmite es “tú tienes la culpa de lo que me está sucediendo”.⁶⁶ En sus palabras:

“inculpar nos dice no sólo quién produjo el estado de cosas en cuestión, sino que excluye también la relevancia de otras posibles causas contribuyentes. Aceptada la inculpación, la causa eficiente ha quedado al descubierto, la acción del agente culpable es –de acuerdo con el mecanismo inculpador– la causa de lo que te sucede, de tu situación y de las emociones que abrigas”.⁶⁷

A ello añade que, en el contexto del castigo penal, la inculpación cumple la función de establecer la “versión oficial” de los hechos juzgados y generar un amplio consenso acerca de su relevancia moral. Esto hace que, desde su perspectiva, la posición de Nino termine despojando al castigo penal de uno de sus principales atractivos, esto es, su aptitud para “promover una comunidad más cohesionada y también la conciencia general de los derechos y responsabilidades ciudadanos”.⁶⁸

⁶⁴ En otro lugar he intentado demostrar que este argumento no es convincente, véase Tomás Fernández Fiks, ‘Retribucionismo y Liberalismo en la Teoría de Carlos Nino’ En *Letra: Derecho Penal* 103.

⁶⁵ Carlos Santiago Nino, ‘A Consensual Theory of Punishment’ (1983) 12 *Philosophy and Public Affairs* 289.

⁶⁶ Malamud Goti (n 2) 173.

⁶⁷ *ibid* 174.

⁶⁸ *ibid* 174.

Esta reivindicación de la inculpación lleva a Malamud Goti a defender –aunque nunca es demasiado claro el alcance de esa defensa– una tesis que él mismo designa “retribucionismo basado en la víctima”. De esta teoría me ocuparé a continuación.

6. El retribucionismo basado en la víctima de Malamud Goti

Malamud Goti desarrolla su teoría de la pena en el marco de la discusión acerca de la justificación del castigo de los perpetradores de violaciones masivas a los derechos humanos, aunque las conclusiones a las que arriba no se limitan necesariamente a esos casos (algo que él mismo admite). Su objetivo es encontrar una alternativa más atractiva que las teorías tradicionales –es decir, el prevencionismo (al que llama “utilitarismo”⁶⁹) y el retribucionismo tradicional (RT)– para justificar el castigo de los autores de crímenes de Estado.

Él considera que tales teorías, además de ser susceptibles a las objeciones que ya han sido reseñadas, se centran en el autor del delito y no asignan un papel importante a los intereses de la víctima. Esto es así porque, para el prevencionismo, el castigo se justifica en la medida en que logre intimidar de manera efectiva a los potenciales delincuentes, resultando irrelevante el alivio de las víctimas; para el retribucionismo, lo que importa es que se castigue a los culpables de acuerdo con lo que demanda la justicia, independientemente de lo que quieran las víctimas. Por este motivo, Malamud Goti considera que ambas teorías resultan “intrínsecamente inapropiadas” para dar cuenta de la dignidad de las víctimas.⁷⁰ Sin embargo, a diferencia de Nino, no asigna relevancia justificatoria al rol de la pena estatal en canalizar los sentimientos vindicativos de las víctimas y evitar de esa manera actos de venganza privada, pues considera que la experiencia argentina demuestra que el temor a la ocurrencia de esos actos resulta infundado. Antes bien, el papel que cumplen las víctimas en su teoría de la pena está vinculado con la idea de que estas tienen un interés legítimo en reclamar la intervención de una autoridad adjudicativa que establezca una versión imparcial sobre quiénes fueron los que causaron su sufrimiento. Por ende, propone “una justificación de juicios y castigos criminales ‘basada en la víctima’, en las emociones reactivas y moralmente relevantes del que sufre, como una razón independiente para justificar la condena de violadores de derechos humanos”.⁷¹

La idea central es que el castigo debe dirigirse a reparar el daño emocional que los actos violatorios de derechos humanos han causado en las víctimas directas e indirectas, tales como la vergüenza y la pérdida de su autoestima. El “retribucionismo orientado a ciertos fines” (RF) –categoría que Malamud Goti utiliza de manera intercambiable con la de “retribucionismo basado

⁶⁹ Prefiero utilizar la denominación “prevencionismo” para distinguir esa teoría del castigo de la teoría ética general, cuyo máximo exponente es Jeremy Bentham, conocida como “utilitarismo”.

⁷⁰ Malamud Goti (n 2) 134.

⁷¹ *ibid* 135.

en la víctima”– sostiene que el castigo cumple la función de “reconstruir esta confianza perdida”.⁷²

A través del mecanismo de la inculpación, el castigo establece de manera “oficial” que los infractores tienen la culpa de lo que ha ocurrido a las víctimas, lo cual contribuye a que estas recobren su autorrespeto. Si bien esta es una consecuencia del castigo, en el sentido de que se trata de un estado de cosas que el castigo genera, Malamud Goti enfatiza que lo que distingue al RF de las doctrinas consecuencialistas tradicionales –entre las que se incluyen las diversas variedades de prevenciónismo– es que la finalidad perseguida por el primero “no se apoya en relaciones propiamente causales, en ‘efectos’ que la pena ‘causa’, sino en consideraciones evaluativas”.⁷³ Y añade que “...la relación con ciertas consecuencias es lógica o analítica. La reducción de la culpa y la vergüenza de los sobrevivientes de la tortura, por ejemplo, no son consecuencias ‘externas’ a la condena criminal. Son, en cambio, un aspecto intrínseco a la idea misma de la condena”.⁷⁴

Un aspecto importante de esta teoría es que, para que el castigo pueda cumplir la función de reestablecer la dignidad de las víctimas, resulta crucial que la condena sea emanada por un tribunal imparcial, con el cual las víctimas sientan algún tipo de identificación y cuyos pronunciamientos tengan carácter autoritativo en el marco de la sociedad, no solo en el sentido de que se trate de decisiones ejecutables por la fuerza pública, sino en que la comunidad confíe en su transparencia y corrección. Así, “la ‘nivelación’ entre víctima y victimario requiere de la autoridad del tribunal”.⁷⁵ Por este motivo, Malamud Goti considera que, para que el castigo surta este efecto igualador, es importante que los hechos sean juzgados “desde adentro”, es decir, por jueces que formen parte de, y le hablen a, la comunidad de la cual también son miembros las víctimas y los perpetradores.⁷⁶

De acuerdo con esta visión, es justamente el carácter autoritativo de la condena dictada por un tribunal imparcial lo que permite distinguir el castigo de la venganza. En efecto, el autor citado considera que las víctimas podrían encargarse de impartir a sus victimarios un sufrimiento similar al que ellas experimentaron –reubicando el mal allí donde se originó, de acuerdo con lo que prescribe el retribucionismo tradicional–; pero ese acto de venganza, a diferencia de lo que ocurre con el castigo, “dejaría su vergüenza intacta”.⁷⁷ En cambio, si el sufrimiento de los perpetradores fuera acompañado por una condena dictada por jueces que gozan de autoridad, la vergüenza de las víctimas cesaría ante la constatación de que la sociedad reconoce que ellas *tienen razón*; es decir, que fueron injustamente agraviadas por el sujeto que ahora es condenado.

⁷² *ibid.*

⁷³ *ibid.*

⁷⁴ *ibid.* 136.

⁷⁵ *ibid.* 85.

⁷⁶ *ibid.* 9.

⁷⁷ Jaime Malamud Goti, ‘Emma Zunz, Punishment and Sentiments’ (2003) 22 QLR 45, 54.

Otro elemento distintivo de la teoría de Malamud Goti, vinculado con el anterior, es el rol que asigna a las emociones de las víctimas.

En “Emma Zunz, Punishment and Sentiments”,⁷⁸ el filósofo argentino contrasta las teorías acerca de la justificación del castigo defendidas por George Fletcher y Herbert Morris, proponiendo una síntesis entre ambas a la que añade un elemento novedoso, vinculado con el papel que cumplen las emociones de las víctimas. Lo hace de la siguiente manera. Al igual que Fletcher, Malamud Goti considera que el criminal somete y disminuye a su víctima mediante su accionar delictivo. Sin embargo, entiende que este sometimiento no configura una relación de dominación objetiva, sino que refleja cómo la víctima se *siente* como resultado del accionar del infractor. En este esquema, el castigo del perpetrador viene a neutralizar la vergüenza de la víctima y a reestablecer su igualdad con aquel. Pero logra hacer esto –y aquí entra en escena la teoría de Morris– apelando a normas jurídicas generales, en el marco de un contexto institucionalizado. De esta manera, la condena dictada en aplicación de normas que rigen para todos y por jueces que gozan de autoridad transmite el mensaje, tanto a la víctima como a la sociedad en general, de que la primera *tiene razón*, y es esto lo que le permite recobrar su autorrespeto.

Así, podría caracterizarse a la teoría de Malamud Goti como una síntesis entre las teorías de Fletcher y Morris, que asigna un papel más importante a las emociones de la víctima. Una de las presuntas ventajas de esta teoría es que resulta más flexible que el retribucionismo tradicional (RT). En este sentido, Malamud Goti señala que si los retribucionistas orientados a ciertos fines (RF) creen que el sufrimiento del autor no hará nada para restaurar el respeto de la víctima por sí misma, o no disuadirá a otros potenciales delincuentes, *pueden* prescindir del castigo.⁷⁹ Esto implicaría una ventaja del RF respecto del RT en el contexto de la Argentina post-dictatorial, dada la imposibilidad de juzgar a *todos* los militares. De esta manera, el RF lograría superar la objeción identificada en el punto (2), constituyendo una alternativa más atractiva al RT sin tener que recurrir a argumentos puramente prevencionistas.

7. ¿Son realmente conceptuales las consecuencias relevantes para el retribucionismo basado en la víctima?

Para finalizar, quisiera utilizar este apartado para cuestionar un aspecto de la teoría formulada y defendida por Malamud Goti, vinculado al carácter conceptual que este autor asigna a las consecuencias que resultan relevantes para ella (i.e., el restablecimiento de la confianza y el autorrespeto de la víctima).

Al desarrollar el RF, Malamud Goti sostiene que, si bien esta teoría pretende justificar el castigo en función de sus consecuencias, estas se diferencian de aquellas relevantes para el

⁷⁸ *ibid.*

⁷⁹ Malamud Goti (n 2) 136.

utilitarismo porque son conceptuales o, como él las llama, “evaluativas”; es decir, no se trata de meros efectos causales que el castigo podría generar o no, sino de consecuencias que se producen *necesariamente* con su aplicación. Castigar a alguien *implicaría*, bajo esta visión, que se produzcan esas consecuencias.

Esto permitiría configurar al RF como una variante de lo que se conoce como retribucionismo conceptualmente consecuencialista (*conceptually consequential retributivism*).⁸⁰ Uno de los supuestos atractivos de una teoría de este tipo es que mantiene una orientación prospectiva –lo cual permite evadir la objeción de la *sucesión irracional de males*– a la vez que evita algunas implicaciones desafortunadas del prevencionismo, en la medida que la admisibilidad del castigo ya no depende de cuestiones contingentes. Es justamente el carácter contingente de las consecuencias que resultan relevantes para justificar el castigo lo que algunos autores critican a las teorías consecuencialistas. Así, por ejemplo, Duff sostiene que:

“la contingencia de la relación entre el castigo y sus objetivos consecuencialistas genera la objeción más común a cualquier teoría de la pena puramente consecuencialista: esto es, que justificaría castigos claramente injustos (el castigo deliberado de un inocente chivo expiatorio, el castigo excesivamente severo del culpable), si promovieran los objetivos del sistema”.⁸¹

En esencia, el argumento de Duff es que, al depender la aplicación y la medida del castigo de cuestiones contingentes —como el nivel de seguridad existente en una determinada sociedad o la magnitud de dolor necesaria para transmitir con efectividad un mensaje intimidatorio—, estos aspectos dejan de estar anclados a consideraciones de culpabilidad y/o proporcionalidad. En definitiva, la decisión de castigar o no, y en qué medida hacerlo, quedaría sujeta a cálculos completamente variables; es decir, a lo que sea necesario en un determinado momento para lograr los objetivos consecuencialistas buscados.

Si se plantea en estos términos, la objeción podría, no obstante, ser evitada caracterizando las consecuencias relevantes como conceptuales o necesarias, en lugar de contingentes. Mediante este recurso, un consecuencialista conceptual podría argumentar que su teoría no conlleva el riesgo de admitir castigos injustos, ya que el parámetro evaluativo propuesto no depende de factores aleatorios. Así, la admisibilidad del castigo seguiría dependiendo de las consecuencias que su aplicación genera pero, dado que estas se producen necesariamente, la influencia de aspectos contingentes quedaría neutralizada. El retribucionismo conceptualmente

⁸⁰ Tomo esta denominación de Russell Christopher, ‘Deterring Retributivism: The Injustice of “Just” Punishment’ [2002] Articles, Chapters in Books and Other Contributions to Scholarly Works <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/fac_pub/100>.

⁸¹ RA Duff, ‘Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment’ (1996) 20 Crime and Justice 1, 6.

consecuencialista permitiría entonces evadir la crítica dirigida a las teorías consecuencialistas tradicionales.

Sin embargo, no está nada claro que las consecuencias a las que se refiere Malamud Goti sean realmente conceptuales, lógicas o necesarias. En su artículo “Dignidad, venganza y democracia”, afirma que la reducción de la culpa y la vergüenza de los sobrevivientes de la tortura no son consecuencias externas a la condena criminal, sino “un aspecto intrínseco a la idea misma de la condena”. No obstante, en el párrafo siguiente señala que los RF pueden prescindir del castigo si creen que el sufrimiento del autor no contribuirá a restaurar el respeto de la víctima por sí misma. El problema es que ambas afirmaciones son contradictorias, ya que, si se admite la posibilidad de que el castigo del autor no logre que la víctima recobre su autorrespeto, dicha consecuencia dejaría de ser necesaria y pasaría a ser contingente.

En otro lugar, al referirse al requisito de que el tribunal que dicte la condena tenga autoridad para que el castigo pueda surtir su efecto igualador, sostiene que “...es un hecho empíricamente demostrable que, a pesar de la decisión del tribunal, la víctima no podrá recuperar del todo su dignidad si la comunidad en general todavía contempla los hechos como si ella hubiese merecido los abusos a los que fue sometida”.⁸² Esto supone, primero, que el hecho de que una sentencia contribuya a que la víctima recupere su dignidad es “empíricamente demostrable”, lo cual implica que se trata de una consecuencia fáctica y no lógica o conceptual; segundo, que la producción de ese resultado depende de la percepción que tiene la comunidad respecto de los hechos juzgados, es decir, de un parámetro que es absolutamente contingente e inestable. Esta dependencia de factores contingentes hace que la reducción de la vergüenza de las víctimas esté lejos de ser una consecuencia conceptual, que surja lógica o necesariamente de la aplicación de un castigo.

Si estoy en lo cierto, la teoría de Malamud Goti no sería más que una variante particular del viejo y conocido consecuencialismo, con la salvedad de que las consecuencias que considera relevantes para la admisibilidad del castigo ya no estarían vinculadas con la prevención de futuros delitos, sino con las emociones de la víctima y la recuperación de su autoestima. Sin embargo, aun admitiendo esta distinción, las consecuencias en cuestión seguirían siendo contingentes, lo que haría que la teoría resulte susceptible a las objeciones clásicas —como la posibilidad del castigo a inocentes y el castigo excesivo a culpables— que se dirigen contra el prevencionismo.

8. Conclusión

Carlos Nino y Jaime Malamud Goti son figuras imprescindibles para cualquier interesado en la filosofía del derecho penal. Además, representan el ideal del jurista comprometido con los asuntos cívicos: no solo orientaron la discusión académica sobre la justificación del castigo con sus importantes contribuciones teóricas, sino que lo hicieron desde su rol como participantes directos en el proceso que permitió sentar las bases de la democracia argentina. En este escrito,

⁸² *ibid* 83.

he intentado rendirles homenaje de la mejor manera que considero posible: mediante el análisis crítico de sus posiciones.

Con este objetivo, sostuve que la principal objeción que dirigen al retribucionismo se basa en una caracterización poco atractiva de esa teoría. En efecto, Nino y Malamud Goti consideran que el retribucionismo es una teoría implausible porque exige el castigo de todos los culpables, algo que, especialmente en el contexto inmediatamente posterior a la recuperación de la democracia argentina, resultaba inviable. En respuesta a ese argumento, ofrecí una reconstrucción alternativa del retribucionismo, intentando mostrar la riqueza interna que caracteriza a esa familia de teorías y demostrando que ninguna de sus variantes más plausibles supone la existencia de un deber absoluto de castigar a los culpables. A través de esta reconstrucción, también busqué ilustrar que el merecimiento puede ocupar un lugar más relevante en la justificación del castigo de los autores de crímenes de lesa humanidad que el asignado por los autores mencionados.

En la segunda parte del artículo, me concentré en el retribucionismo basado en la víctima, teoría que Malamud Goti propone como alternativa al retribucionismo tradicional. En contra de lo que sostiene este autor, argumenté que las consecuencias consideradas relevantes por dicha teoría no admiten ser caracterizadas como conceptuales, pues son contingentes. Esto, sostuve, la hace susceptible a las objeciones tradicionales que suelen formularse contra las teorías consecuencialistas.

En cualquier caso, las observaciones que he realizado no pretenden menoscabar la agudeza y sofisticación de los aportes de Malamud Goti, quien, junto a Carlos Nino, ha sido una figura fundamental en el desarrollo de la filosofía penal hispanoparlante, y cuyos trabajos merecen una mayor discusión en nuestro medio. Espero, con este artículo, haber contribuido a ello.

Bibliografía

Alexander L, Ferzan KK and Morse SJ, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (Cambridge University Press 2009)

Bagaric M and Amarasekara K, 'The Errors of Retributivism' [2000] Melbourne University Law Review

Bedau HA, 'Retribution and the Theory of Punishment' (1978) 75 The Journal of Philosophy 601

Berman M, 'Two Kinds of Retributivism' [2011] The Philosophical Foundations of Criminal Law <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2353>

——, 'Rehabilitating Retributivism' (2013) 32 Law and Philosophy 83

——, 'Review of *Rethinking Punishment*' <<https://ndpr.nd.edu/reviews/rethinking-punishment/>>

——, 'Retributivism' U of Penn Law School, Public Law Research Paper <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4150826>

Braccacini F, 'Retribución y sufragio | Revista Argentina de Teoría Jurídica' <<https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/463>>

Caruso GD, *Rejecting Retributivism: Free Will, Punishment, and Criminal Justice* (Cambridge University Press 2021)

Christopher R, 'Deterring Retributivism: The Injustice of "Just" Punishment' [2002] Articles, Chapters in Books and Other Contributions to Scholarly Works <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/fac_pub/100>

Copi IM, *Introducción a La Lógica* (2da. ed., Limusa 2013)

Dahan Katz L, 'Response Retributivism: Defending the Duty to Punish' (2021) 40 Law and Philosophy 585

De Luca A, 'Retribucionismo Consecuencialista En La Filosofía Penal Anglosajona: ¿una Alternativa Viable a Las Teorías Absolutas?' [2023] Revista en Ciencias Penales y Criminológicas

Duff RA, 'Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment' (1996) 20 Crime and Justice 1

Duff RA and Duff RA, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford University Press 2003)

Feinberg J, *Doing & Deserving; Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press 1970)

Feldman F and Skow B, 'Desert' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/desert/>>

Fernandez Fiks T, 'Retribucionismo y Liberalismo En La Teoría de Carlos Nino' En *Letra: Derecho Penal* 103

Ferzan KK, Morse SJ and Moore MS, *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore* (Oxford university press 2016)

Goti JM, 'Emma Zunz, Punishment and Sentiments' (2003) 22 QLR 45

Kant I and Kant I, *La metafísica de las costumbres* (reimp, Tecnos 2008)

Kelly E, *The Limits of Blame: Rethinking Punishment and Responsibility* (Harvard University Press 2018)

Laise LD, 'Pasar la página ante el mal absoluto: una revisión crítica del debate Mignone-Nino sobre el perdón de los delitos de lesa humanidad' [2023] *Revista Jurídica Digital UANDES* 98

Malamud-Goti J, 'Punishment and a Rights-based Democracy' (1991) 10 *Criminal Justice Ethics* 3

Malamud-Goti J and Malamud Goti JE, *Crímenes de Estado: dilemas de la justicia* (1a edición, Hammurabi, José Luis Depalma, editor 2016)

Mañalich JP, 'Retribucionismo Consecuencialista Como Programa de Ideología Punitiva: Una Defensa de La Teoría de La Retribución de Ernst Beling' *InDret*

Marmor A (ed), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (0 edn, Routledge 2012)

Moore MS, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (Oxford University Press 2010)

Morgenstern F, *Contra La Corriente: Un Ensayo Sobre Jaime Malamud Goti, El Juicio a Las Juntas y Los Procesos de Lesa Humanidad* (Ariel 2024)



- Morris H, 'Persons and Punishment' (1968) 52 *The Monist* 475
- Murphy JG, 'Does Kant Have a Theory of Punishment?' (1987) 87 *Columbia Law Review* 509
- Nino CS, 'A Consensual Theory of Punishment' (1983) 12 *Philosophy and Public Affairs* 289
- Nino CS, *Juicio al mal absoluto: ¿hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* (Siglo Veintiuno Editores Argentina 2015)
- Ortiz de Urbina Gimeno Í and others, *El Derecho Penal Desde La Política Criminal: Ensayos Sobre Dogmática, Economía y Filosofía Del Derecho Penal* (1a. Edición, Hammurabi 2021)
- Radzik L and others, *The Ethics of Social Punishment: The Enforcement of Morality in Everyday Life* (Cambridge University Press 2020)
- Rawls J, *Teoría de La Justicia* (2da ed., Fondo de Cultura Económica 2012)
- Scheid DE, 'Kant's Retributivism' (1983) 93 *Ethics* 262
- Simester AP and others (eds), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Hart Publishing 2014)
- Tadros V, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law* (first publ in paperback, Oxford Univ Press 2013)
- White MD (ed), *Retributivism: Essays on Theory and Policy* (Oxford University Press 2011)
- Zaibert L, *Punishment and Retribution* (Repr, Ashgate 2008)
- , *Rethinking Punishment* (Cambridge University Press 2018)
- , 'La justificación del castigo, la complejidad de la vida moral y los cambios de paradigma' [2019] *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* 347