

DERECHO & CRÍTICA

SOCIAL

Volumen II

TABLA DE CONTENIDOS

Enseñanza del Derecho fuera de las aulas universitarias: Oficinas de interrogadores y educación legal en Chile 1

Isabel Arriagada

José Pablo Naranjo

Paradojas de la soberanía y la representación 33

Emilios Christodoulidis

Hacia un Derecho Internacional poscolonial 65

Antony Anghie

Nothing to say: Keeping the body in play in the struggle for LGBTTTQ Rights in Puerto Rico 91

Guillermo Rebollo Gil

Waldron, J. (2016) Political Political Theory. Cambridge: Harvard University Press. 103

Roberto Gargarella

Streeck, W (2014) *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. London, New York: Verso. 113

Constanza Salgado

Muñoz, F. (2016): *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Valdivia: Ediciones UACH. 123

Christian Viera Álvarez

Sobre la política de los derechos humanos 131

Etienne Balibar

Estado de excepción interno en Puerto Rico: un análisis socio-jurídico de la crisis económica y fiscal puertorriqueña 151

José M. Atilés-Osoria

¿Una constitución laboral global? 195

Ruth Duker

Sobre la transformación de la sustancia en forma: el Derecho según Fernando Atria 237

Flavia Carbonell Bellolio

New understandings of constitutionalism 255

Emilios Christodoulidis

Duff, A. (2015) *Sobre el castigo*. México: Siglo XXI 265

Juan Pablo Mañalich R.

Agamben, G. (2013) El misterio del mal. Benedicto XVI y el fin de los tiempos. Buenos Aires: Adriana Hidalgo. 275

Germán Acevedo

Matamala, D. (2015) Poderoso Caballero. El peso del dinero en la política chilena. Santiago: Editorial Catalonia. 283

Gabriel Vera Morales

DUFF, A. (2015) SOBRE EL CASTIGO. MÉXICO: SIGLO XXI

Juan Pablo Mañalich R.

Profesor, Universidad de Chile

La reciente publicación de *Sobre el Castigo* (México y Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), del filósofo del derecho escocés Antony Duff, es una muy buena noticia para los lectores de habla hispana interesados en la reflexión filosófica acerca del derecho penal. Pues Duff es, sin duda alguna, una de las figuras principales del decurso que ha dado lugar, en un arco de tiempo que gruesamente comprende las últimas cuatro décadas, a la emergencia de un muy fecundo género de indagación teórica y filosófica en las bases, la estructura y el funcionamiento de los sistemas de derecho penal que se enmarcan en la tradición del *common law*, cultivado por prominentes filósofos y juristas de habla inglesa¹. En este concierto, la singularidad de la obra de Duff se halla en su muy consistente esfuerzo por articular una concepción suficientemente omnicomprendensiva de los regímenes de derecho penal adscritos a esa tradición, a partir de premisas obtenidas, en lo fundamental, de la filosofía analítica del lenguaje y de la acción, por un lado, y de la filosofía política, por otro². Sobre esta base, el rasgo absolutamente diferenciador de esa misma concepción consiste en su pretensión autoconscientemente *idealizadora*, que Duff identifica con la vocación distintivamente normativa (en oposición a descriptiva) de su enfoque³. En

¹ Lo cual se ve reflejado en una ya copiosa serie de volúmenes colectivos, varios de los cuales han sido coordinados por Duff. Véase por ejemplo Duff (1998a), así como Duff y Green (2011).

² Un reconocimiento especialmente elocuente de la importancia de su obra está constituido por el reciente volumen colectivo dedicado a la revisión de los principales aspectos de su filosofía jurídico-penal; véase Cruft, Kramer y Reiff (2011).

³ Véase especialmente Duff (2007) 6ss.

esta pretensión idealizadora tendría que sustentarse, al mismo tiempo, el propio potencial *crítico* de tal concepción, desde el punto de vista de su adecuación como herramienta de impugnación de los regímenes de derecho penal positivo “efectivamente existentes”, en función de su mayor o menor falta de satisfacción de los presupuestos de legitimidad delineados a través de la correspondiente imagen idealizada.

Esto último es algo que Duff mismo hace explícito en el primero de los cuatro trabajos compilados en el volumen, que lleva por título “Un derecho penal democrático”:

Con todo, aún vale la pena embarcarse en la empresa de trazar los contornos de un derecho penal auténticamente inclusivo, a fin de hacernos una idea más clara de lo que ese derecho debería aspirar a ser, sin importar lo lejos o cerca que “nuestros” derechos penales vigentes puedan estar de cumplir esa aspiración⁴.

Esta observación resulta de especial importancia a la hora de caracterizar el proyecto general que anima la obra de Duff, que apunta a identificar los presupuestos de legitimidad sustantiva y procedimental de los sistemas de derecho penal con aquellas condiciones de cuya satisfacción depende que éstos puedan ser plausiblemente descritos como *inclusivos*. Para sintetizar este heterogéneo conjunto de condiciones, Duff recurre a la metáfora de un derecho penal que habla “con nuestra propia voz”, esto es, con una voz que los ciudadanos de una comunidad política, susceptibles de resultar vinculados por las razones para la acción que el respectivo ordenamiento jurídico autoritativamente *reconoce* como vinculantes, puedan a la vez entender y asumir como suya. Esto último equivale, según Duff, a que el respectivo régimen de derecho penal pueda efectivamente constituirse como un auténtico *derecho común*⁵.

⁴ Duff (2015) 27.

⁵ Duff (2015) 127ss. En atención a la versión del “comunitarismo liberal” que Duff defiende como proyecto de filosofía política (véase Duff (2001) 35ss.; también Duff (2007) 49ss., 191ss.), no deja de ser llamativo que Gargarella (2016) 165 ss., 172 ss., atribuya a Duff un “duro rechazo al comunitarismo”, caracterizando su postulación del modelo de una comunidad liberal como una “noción que parece difícil de comprender” (ibid., p. 179). Probablemente, la dificultad en parte radique en que Gargarella parece

De los cuatro trabajos reunidos en *Sobre el castigo*, son el primero (“Un derecho penal democrático”) y el último (“Derecho, lenguaje y comunidad. Algunas precondiciones de la responsabilidad penal”) los que más inmediatamente reproducen el núcleo de la concepción recién esbozada. En efecto, el primer trabajo se ocupa de explorar la manera en que la posible caracterización de un régimen de derecho penal como incluyente, en contraste con el carácter manifiestamente excluyente de la generalidad de los sistemas de derecho penal efectivamente existentes⁶, depende de que aquél resulte suficientemente inmune a una objeción de heteronomía. Más precisamente, se trata de que la sujeción a ese régimen por parte de quienes están expuestos a su aplicación pueda entenderse como el resultado de una praxis colectiva de auto-vinculación. A su vez, el cuarto artículo examina el sentido en el cual el lenguaje del derecho penal puede llegar a constituirse como el lenguaje en el cual algún miembro de una determinada comunidad política puede ser llamado a responder, ante esa misma comunidad, por haberse comportado de una forma que distintivamente ejemplifica un cierto tipo de incorrección moral (*moral wrongfulness*) cuya relevancia pública amerita un reconocimiento de significación criminal⁷.

En este último trabajo, Duff persigue demostrar la necesidad de hacer explícita una distinción entre las condiciones y las precondiciones de la punibilidad (*liability*), que responde a una aproximación a la pregunta por la legitimidad de un régimen de derecho penal que inequívocamente reproduce

asignar un sentido a la apelación que Duff hace a la “pesadilla macintyreana” que de hecho no coincide con el sentido que Duff le asigna. Pues por esa vía Duff no intenta advertir sobre “los peligros del comunitarismo”, sino más bien contrarrestar la sugerencia de que, en las condiciones de las modernas democracias liberales, no sería posible la sustentación de formas de vida compartida que hagan posible el desacuerdo sobre un trasfondo de acuerdos implícitamente practicados; véase especialmente Duff (1998b) 201ss.

⁶ Al respecto Duff (2015) 25ss.

⁷ Al interior del conjunto de cuestiones que se abren a través de la defensa de semejante paradigma de legitimación, la más sensible de todas concierne a la concepción de la autoridad legislativa que Duff vincula a su comprensión de la democrática. La revisión crítica de este aspecto —fundamental— de la obra de Duff excede el marco de la presente recensión y necesita ser emprendida en un trabajo independiente.

el así llamado “giro pragmático”. Para Duff, la comprobación de la satisfacción de las condiciones de la eventual punibilidad de una persona por un determinado comportamiento es algo que sólo tiene sentido si se asume la satisfacción de las precondiciones de esa misma punibilidad, debiendo éstas últimas ser identificadas con las condiciones de legitimidad del proceso penal, entendido como el contexto institucional en el cual la persona de cuya eventual punibilidad se trata puede ser “llamada a responder” al cargo que se le formula⁸.

Esto último vuelve manifiesto cuán poco afortunada resulta ser la decisión de traducción plasmada en *Sobre el castigo* para la expresión “liability”, que es sistemáticamente traducida como “responsabilidad”. Ello distorsiona el sentido en que Duff hace uso de la distinción entre los conceptos de condición y precondición en cuanto referidos al sometimiento de una persona a una condena y, así, a la imposición de alguna pena. Tal sujeción de una persona a una posible condena y a la consiguiente punición es precisamente aquello que designa el término “punibilidad”⁹, que en tal medida reproduce con suficiente exactitud lo que Duff entiende por *liability*¹⁰. Que el término “responsabilidad” no es un candidato idóneo para la traducción de “liability” debería resultar meridianamente claro si se repara en que, en el trabajo aquí considerado, Duff tematiza las correspondientes precondiciones de la punibilidad (*preconditions of liability*) como “condiciones de responsabilidad” (*conditions of responsibility*), entendidas como aquellas “que tienen que estar satisfechas si el imputado ha de ser juzgado, como debería serlo, como un ciudadano responsable”¹¹. Es patente que este último uso de “responsabilidad” difiere del uso más generalizado que se hace de ese mismo término, bajo el cual la pregunta de si una persona P es responsable de haber hecho o no haber hecho X es entendida como la

⁸ Duff (2015) 138.

⁹ Véase sólo Hohfeld (1919) 35ss., 50ss., a propósito de la correlatividad de las clases de posiciones que él identifica con los términos “power” y “liability”.

¹⁰ Al respecto Duff (2007) 19ss.

¹¹ Duff (1998b) 194.

pregunta de si haber hecho o no haber hecho X es algo que pueda ser puesto como cargo (i.e., a título de demérito) o como abono (i.e., a título de mérito) en “la cuenta” de P¹², con independencia de que llegue o no a actualizarse la oportunidad para que el correspondiente cargo o abono efectivamente llegue a ser registrado en la cuenta de P.

Esta constatación da pie para sugerir la conveniencia de redefinir lo que, en el presente contexto, Duff entiende por “condiciones de responsabilidad”, en el sentido de que ellas funcionan como condiciones de *activación de la responsabilidad*. Esta última noción queda ciertamente mejor captada, aun cuando con algún resto de opacidad, por la frase “condiciones para la rendición de cuentas”, que aparece utilizada en la traducción de otro de los trabajos que integran *Sobre el Castigo*¹³. Esto deja intacto, empero, que es del todo desafortunado, en la reproducción del pensamiento de Duff, emplear la expresión “responsabilidad” para traducir “liability”¹⁴.

La importancia de considerar diferenciadamente el conjunto de las precondiciones de la punibilidad que se identifican con condiciones de activación de la responsabilidad radica en que, por esa vía, se vuelve posible tematizar algunos obstáculos a la punibilidad, susceptibles de ser invocados por el eventual imputado, concernientes a la improcedencia de que éste sea efectivamente llamado a responder al respectivo cargo, en razón de la falta de satisfacción de alguna “condición de responsabilidad” en cuanto condición de aceptabilidad de tal llamado a responder en el marco del correspondiente proceso, con total independencia de cuál pudiera ser el

¹² Para un correspondiente análisis del “lenguaje de la imputación”, véase Mañalich (2012) 663ss., 673ss.

¹³ Duff (2015) 73.

¹⁴ Que el problema de traducción permanece irresuelto en el cuarto de los capítulos que componen *Sobre el castigo* lo confirma el siguiente pasaje: “Mi interés se centra en las *precondiciones de la responsabilidad penal* que tienen que ver con la responsabilidad del acusado. Se trata, en efecto, de *condiciones de la responsabilidad penal* [...]” (cursivas añadidas); así Duff (2015) 138. Es de lamentar, en tal medida, que en la edición del volumen no se haya resguardado suficientemente la consistencia de las decisiones de traducción adoptadas a lo largo de sus diferentes capítulos.

mérito sustantivo del mismo cargo¹⁵. Justamente este canon de objeción a la procedencia o pertinencia del respectivo proceso penal queda expresado en el título del segundo artículo compilado en *Sobre el castigo*: “Tal vez yo sea culpable, pero ustedes no pueden juzgarme”. Aquí Duff ofrece una taxonomía de las variantes de “impedimento al juzgamiento” (*bar on trial*) reconocidas por los sistemas de derecho penal de la tradición del *common law*, sobre la base de una clarificación del sentido en que es posible que una persona en contra de quien se dirige un cargo criminal invoque alguna circunstancia a través de cuya sustentación logre *rehusar responder* a ese mismo cargo, demostrando la improcedencia del juzgamiento.

La taxonomía propuesta por Duff distribuye las posibles bases para semejante impedimento al juzgamiento en cuatro categorías, según si conciernen (1) a la propia condición del imputado (por ej., al estar afectado por una situación de demencia que merme su capacidad para defenderse en juicio); o bien (2) a algún aspecto de la presunta conducta que fija el objeto del cargo que se le formula (por ej., por haber transcurrido un determinado lapso de tiempo desde la presunta perpetración del delito que conlleve la prescripción de la acción penal); o bien (3) a la falta de mérito del “caso de la prosecución” (por ej., por resultar manifiestamente insuficiente la evidencia a favor del cargo susceptible de ser ofrecida al inicio del proceso); o bien (4) a la previa conducta oficial del Estado en lo relativo a su incidencia en la perpetración del delito (por ej., por haberse ofrecido previamente “inmunidad” a la persona con posterioridad sometida a juzgamiento, por parte de la propia fiscalía). El rendimiento del enfoque delineado por Duff se muestra con particular claridad en la aplicación que él mismo, aun cuando dubitativamente, sugiere darle para esclarecer la posible *ratio* subyacente al reconocimiento del así llamado “entrampamiento” (*entrapment*) como eximente bajo el derecho estadounidense¹⁶, lo cual da cuenta de la consistencia con que Duff abraza el ya referido giro pragmático: el hecho de que la perpetración del respectivo delito haya sido inducida por

¹⁵ Véase Duff (2007) 175ss.

¹⁶ Para una revisión de las dificultades teóricas que se enfrentan a la hora de esclarecer su fundamento como eximente, véase sólo Feinberg (2003) 57ss.

un agente estatal (encubierto) interesado en asegurar, en esa misma medida, la persecución del delito así “detectado” tendría que contar, observa Duff, como una razón que compromete la legitimidad del propio Estado, en cuanto representado por su agente, para llamar a responder a la persona así inducida¹⁷.

Antes de concluir esta revisión de los aspectos del programa teórico de Duff que quedan destacadamente cubiertos en los capítulos que conforman *Sobre el castigo*, no está de más dar una breve cuenta de los aspectos de ese mismo programa que, como contrapartida, quedan fuera de consideración aquí. Son dos grandes ejes, en efecto, los que cabe mencionar.

Por una parte, una de las contribuciones capitales que Duff ha hecho a la filosofía del derecho penal de habla inglesa está representada por su indagación en la manera en que la filosofía de la acción y la filosofía del lenguaje pueden iluminar algunas preguntas centrales de las que se ocupa la clarificación del juego de lenguaje involucrado en la adscripción de responsabilidad potencialmente fundante de la punibilidad. A este respecto, mientras su concepción general de la manera en que la filosofía analítica de la acción puede contribuir al esclarecimiento de los presupuestos generales de la responsabilidad jurídico-penal se encuentra plasmada en su *Intention, Agency and Criminal Liability*, de 1990, la aplicación de este mismo enfoque en pos del esclarecimiento de la estructura de la tentativa punible se halla detallada y rigurosamente presentada en su ya célebre *Criminal Attempts*, de 1996. En este eje, la obra de Duff se deja integrar sin más en la senda de investigación filosófica acerca de la fundamentación y la estructuración de la responsabilidad jurídico-penal que, en el ámbito anglosajón, se viera definitivamente abierta por H.L.A. Hart con la publicación de su *Punishment and Responsibility*, en 1968.

¹⁷ Duff (2007) 187-188. Semejante aproximación supone tomar partido por una concepción objetiva del fundamento de la eximente, en cuanto estrictamente referido al comportamiento del respectivo agente estatal, y no a la base motivacional y las predisposiciones conductuales del individuo inducido.

Por otra parte, el volumen tampoco contiene trabajo alguno que específicamente aborde el problema de la justificación de la pena, respecto del cual Duff se ha posicionado, desde la aparición de su *Trials and Punishments*, en 1986, y ya inequívocamente con la publicación de su *Punishment, Communication and Community*, en 2001, como un referente indiscutido en lo referente a la reformulación de las concepciones retribucionistas del castigo¹⁸, posibilitada por el “giro expresivo” experimentado por la teoría de la pena a partir de la seminal contribución de Feinberg¹⁹. Si bien es posible, y además pertinente, poner en cuestión el carácter auténticamente innovador de tal toma de consciencia, por parte de la *scholarship* anglosajona, de la necesidad de someter la idea de retribución a una reinterpretación semántico-pragmática²⁰, es indudable que Duff ha aportado un punto de vista insoslayable en la precisión de que el ya mencionado giro expresivo tendría que ser especificado como un giro propiamente *comunicativo*²¹, conducente a una comprensión del castigo como una forma de “penitencia secular”²². Pues lo que aquí está en juego es la viabilidad de que la punición jurídica sea fundamentada y reorganizada de un modo que haga justicia a la pretensión de que ella entraña un reconocimiento del condenado como un participante en la comunicación, en el sentido preciso de que esta comunicación debe articularse en un lenguaje en el cual pueda esperarse que el acusado hable “con su propia voz”²³. Éste es, en palabras de Duff, el lenguaje propio de un derecho penal democrático.

¹⁸ Aquí cabe destacar, asimismo, la contribución de Duff para la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cuyo cargo se encuentra la entrada “Legal Punishment”; véase Duff (2013).

¹⁹ Véase Feinberg (1970) 95ss. Latamente al respecto, véase Mañalich (2010) 68ss.

²⁰ Véase en detalle Mañalich (2011) 29ss.; también Mañalich (2015) 6ss.

²¹ Acerca de las dificultades que enfrentaría la concepción retributivo-comunicativa del castigo de Duff para dar cuenta del aspecto del *hard treatment* como componente del concepto de pena, véase Matravers (2011) 68ss. y 75ss.

²² Véase al respecto Valenzuela (2010) 255ss. y 260ss.

²³ Duff (2015) 145ss.

Que el volumen aquí considerado no incluya una contribución directamente referida al problema de la justificación de la pena sugiere que “Sobre el castigo” probablemente no haya sido el título más apropiado para ofrecer esta primera presentación de la filosofía jurídico-penal de Antony Duff en lengua castellana²⁴. Esto no afecta en lo más mínimo, empero, la contribución que su publicación representa para el enriquecimiento de la bibliografía disponible en nuestro ámbito idiomático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Duff, A. (1998a) *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Duff, A. (1998b) “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability” en *Oxford Journal of Legal Studies* 18: 189-206.
- Duff, A. (2001) *Punishment, Communication, and Community*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Duff, A. (2007) *Answering for Crime*. Oxford y Portland (Or.): Hart Publishing.
- Duff, A. (2013) “Legal Punishment”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>.
- Duff, A. (2015) *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Duff, A. y Green, S. (2011) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cruft, R., Kramer, M. y Reiff, M. (2011) *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1970) *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press.

²⁴ Esto, aun cuando, en el primer capítulo, que se corresponde con la traducción de un artículo no previamente publicado en lengua inglesa, Duff tangencialmente tematiza algunos aspectos de su concepción retributivo-comunicativa de la pena, mas observando que “[n]o es éste el lugar apropiado para defender una teoría del castigo de esas características”; así Duff (2015) 59.

- Feinberg, J. (2003) *Problems at the Roots of Law*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2016) *Castigar al prójimo*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Hohfeld, W. (1919) *Fundamental Legal Conceptions*. New Haven y Londres: Yale University Press.
- Kindhäuser, U. y Mañalich, J.P. (2011) *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed. Montevideo y Buenos Aires: BdF.
- Mañalich, J.P. (2010) *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano.
- Mañalich, J.P. (2011) “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en Kindhäuser, U. y Mañalich, J.P. (2011), pp. 29-65.
- Mañalich, J.P. (2012) “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación” en *DOXA* 35: 663-690.
- Mañalich, J.P. (2015) “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” en *InDret* 2/2015, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1126.pdf>.
- Matravers, M. (2011) “Duff on Hard Treatment”, en Cruft, R., Kramer, M. y Reiff, M. (eds) *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press, 68-83.
- Valenzuela, J. (2010) “La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena” en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 23(1) 255-268.