

R. A. DUFF
STUART P. GREEN
(Eds.)

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL

Edición en castellano a cargo de
Gustavo Beade, Rocío Lorca Ferreccio
e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2020

ÍNDICE

	Pág.
PREFACIO A LA TRADUCCIÓN EN ESPAÑOL , <i>por R. A. Duff y Stuart P. Green</i>	13
INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE LOS FUNDAMENTOS , <i>por R. A. Duff y Stuart P. Green</i>	23
I. DERECHO PENAL Y TEORÍA POLÍTICA	38
II. LA SUSTANCIA DEL DERECHO PENAL.....	39
III. PROCESO Y CASTIGO	42
IV. ATRAVESANDO FRONTERAS Y HACIA EL FUTURO.....	42
EL DERECHO PENAL COMO DERECHO PÚBLICO , <i>por Malcolm Thorburn</i>	45
I. INTRODUCCIÓN	45
II. EL ASCENSO DEL MORALISMO JURÍDICO	49
1. La falsa promesa de Hart	49
2. El renacer moralista.....	50
3. Moralismo jurídico e ilícitos penales	54
4. Moralismo jurídico y justificación penal.....	55
III. DERECHO PENAL Y COMPETENCIA.....	57
1. El estado de necesidad: la causa de justificación paradigmática...	57
2. Las justificaciones privadas y el poder público	61
IV. LA MORALIDAD POLÍTICA DEL DERECHO PENAL.....	63
1. La justificación del poder del Estado	63
2. Derecho público y Teoría política	68
V. CONCLUSIÓN	70

	Pág.
EL REPUBLICANISMO Y LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL , <i>por Richard Dagger</i>	71
I. EL REPUBLICANISMO CONSIDERADO BREVEMENTE	72
II. EL DELITO COMO ASUNTO DE INTERÉS PÚBLICO	76
III. EL ESTADO DE NATURALEZA, EL MODELO DE «AUTOAYUDA», Y EL POTENCIAL DEL DERECHO.....	80
IV. EL DERECHO PENAL COMO UNA PRÁCTICA REPUBLICANA	89
V. CONCLUSIÓN	95
TEORÍA POLÍTICA Y DERECHO PENAL , <i>por Matt Matravers</i>	99
I. INTRODUCCIÓN	99
II. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO LIBERAL.....	100
1. Preámbulo metodológico.....	100
2. Contractualismo y Derecho penal	103
III. CONTRACTUALISMO Y (DES)VENTAJAS NATURALES	105
1. Responsabilidad y (des)ventajas naturales.....	111
IV. «COMPARTIR MUTUAMENTE EL DESTINO DE OTROS» EN LA JUSTICIA RETRIBUTIVA	113
V. CONSIDERACIONES FINALES	116
LOS FUNDAMENTOS DE LA PENA ESTATAL EN LAS DEMOCRACIAS LIBERALES MODERNAS: HACIA UNA GENEALOGÍA DEL DERECHO PENAL ESTADOUNIDENSE , <i>por Markus D. Dubber</i>	117
I. FILOSÓFICA, HISTÓRICA Y GENEALÓGICA	118
II. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y LA LEGITIMIDAD POLÍTICA	123
III. FUNDAMENTOS GENEALÓGICOS DEL DERECHO PENAL ESTADOUNIDENSE	127
IV. CONCLUSIÓN	143
RESPONSABILIDAD POR EL DERECHO PENAL , <i>por Alice Ristroph</i>	145
I. LA TEORÍA POLÍTICA Y EL DERECHO PENAL.....	148
II. RESPONSABILIDAD PENAL: ¿INDIVIDUAL, COLECTIVA O AMBAS?	151
III. JUSTIFICACIÓN, RESPONSABILIDAD Y VIOLENCIA BUROCRÁTICA	162

	Pág.
RESPONSABILIDAD, CIUDADANÍA Y DERECHO PENAL, por <i>R. A. Duff</i>	167
I. RESPONDER POR EL DELITO	169
II. DERECHO PENAL Y COMUNIDAD CÍVICA.....	174
III. CIUDADANOS Y NO-CIUDADANOS.....	186
IV. CONCLUSIÓN	196
 LA INTENCIÓN COMO MARCADOR DE LA CULPABILIDAD MO- RAL Y LA PUNIBILIDAD JURÍDICA, por Michael S. Moore	197
I. LOS ROLES DE LA INTENCIÓN AL VALORAR LA RESPON- SABILIDAD EN EL DERECHO Y LA MORAL.....	197
II. RESPONSABILIDAD, CULPABILIDAD E INTENCIONES.....	199
III. CONCEPTOS ORDINARIOS Y JURÍDICOS DE INTENCIÓN...	203
IV. SUPOSICIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA INTEN- CIÓN EN LA VALORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	208
V. LAS SUPOSICIONES SOBRE EL CONTENIDO DE LA INTEN- CIÓN EN LA VALORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	216
VI. CONCLUSIÓN	226
 ILÍCITO Y MOTIVACIÓN, por Victor Tadros	227
I. ¿PRIORIDAD DE LOS HECHOS?	228
II. MEDIOS Y MOTIVACIONES.....	233
III. ¿HAY MEJORES EXPLICACIONES?	237
IV. DE QUÉ MANERA LAS INTENCIONES SON RELEVANTES PARA LA PERMISIBILIDAD.....	243
V. CONCLUSIONES: MOTIVACIÓN E ILÍCITO PENAL.....	247
 LA TOPOGRAFÍA DE LAS NORMAS MORALES Y PENALES, por <i>Kenneth W. Simons</i>	253
I. INTRODUCCIÓN	253
II. GENERALIDAD, PARTICULARIDAD E INCONMENSURABI- LIDAD	255
1. El problema de la generalidad/particularidad	255
2. Normas morales, normas penales e inconmensurabilidad.....	260
3. Moral política y normas penales	269
4. Implicaciones para la redacción de los Códigos Penales.....	271
III. CRITERIOS DESCRIPTIVOS Y EVALUATIVOS	273
IV. CONCLUSIÓN	280

	Pág.
MÁS ALLÁ DE LA PARTE ESPECIAL, por Larry Alexander y Kimberly Kessler Ferzan	281
I. EL ÚNICO CRITERIO PARA EL MERECEIMIENTO: ACTUAR CON INTERÉS INSUFICIENTE.....	281
II. UNA DEFENSA NORMATIVA DE LA REAGRUPACIÓN DE LOS DELITOS	284
1. Duff.....	284
2. Husak.....	287
3. ¿Entendemos la moral exactamente al revés?	291
III. DE UN CÓDIGO IDEALIZADO A UNO PRÁCTICO —LA IMPLEMENTACIÓN DE NUESTRA TEORÍA EN «EL MUNDO REAL»—.....	292
1. ¿Nuestros Códigos Penales vigentes contienen reglas?	293
2. Problemas conceptuales respecto de la «reagrupación» de los delitos.....	294
3. El problema de los retribucionistas con las reglas	298
3.1. La defensa de las reglas sobre los estándares	298
3.2. Problemas con las reglas	300
4. Delitos de peligro abstracto inevitables.....	304
4.1. Cómo reconocer las alternativas	304
4.2. La promulgación de delitos de peligro abstracto.....	306
IV. CONCLUSIÓN	309
 PREVENCIÓN JUSTA: LAS JUSTIFICACIONES PREVENTIVAS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL, por Andrew Ashworth y Lucia Zedner	 311
I. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN DEL DAÑO... ..	311
II. EXAMEN DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO PENAL	314
1. El paradigma del Derecho penal	314
2. Formas imperfectas de ejecución (<i>Inchoate offences</i>)	315
3. Delitos sustantivos definidos al modo de las formas imperfectas de ejecución	316
4. Delitos preparatorios.....	317
5. Delitos de posesión	319
6. Delitos de creación de un riesgo.....	321
III. EL DERECHO PENAL Y LAS ÓRDENES PREVENTIVAS CIVILES.....	327
IV. LAS JUSTIFICACIONES PREVENTIVAS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL.....	337

	Pág.
EL PROBLEMA ONTOLÓGICO DEL «RIESGO» Y LAS «PUSTAS EN PELIGRO» EN EL DERECHO PENAL, por Peter Westen	341
I. INTRODUCCIÓN	341
II. LOS TÉRMINOS «RIESGO» Y «PELIGRO»	342
III. LA TAXONOMÍA DE LOS DELITOS DE «RIESGO»	343
1. La creación de riesgos independiente del agente	344
2. Tomar el riesgo como un estado mental culpable	348
3. Estatuto del riesgo creado de Robinson	349
IV. SABIDURÍA CONVENCIONAL SOBRE EL RIESGO	351
V. LA FALLA DEL SABER CONVENCIONAL EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO	355
VI. UNA COMPRENSIÓN ALTERNATIVA DEL RIESGO	362
VII. UN PROBLEMA EN RELACIÓN CON LOS RIESGOS ABSTRACTOS	365
VIII. CONCLUSIÓN	366
LA INSIGNIFICANCIA COMO «EXIMIENTE» DE LA RESPONSABILIDAD PENAL, por Douglas Husak	369
I. INTRODUCCIÓN	369
II. PROBLEMAS PRELIMINARES	370
III. EL ROL DE LA INSIGNIFICANCIA	375
IV. DELITOS Y EXIMIENTES	381
V. ¿QUÉ TIPO DE EXIMIENTE?	387
VI. CONSIDERACIONES NORMATIVAS	393
MERECIMIENTO JUSTO EN SOCIEDADES INJUSTAS: UN ENFOQUE BASADO EN CASOS ESPECÍFICOS, por Stuart P. Green	397
I. PRIVACIONES SOCIOECONÓMICAS, CRIMEN Y JUSTICIA...	399
II. INJUSTICIA SOCIOECONÓMICA Y CULPABILIDAD	401
1. Necesidad	401
2. Excusa de «contexto social podrido»	404
3. Infracción del contrato social	406
4. Improcedencia del juicio penal	408
III. UNA APROXIMACIÓN CASUÍSTICA AL JUICIO DE CULPABILIDAD	411
1. Tipos de privación, víctima y delito	411
2. La culpabilidad del infractor	413
3. Delitos contra las personas	415
4. Delitos contra el orden público y la Administración de justicia...	416

	Pág.
5. Delitos contra la propiedad	418
IV. CONCLUSIÓN	421
DOS TIPOS DE RETRIBUCIONISMO, por Mitchell N. Berman	425
I. INTRODUCCIÓN	425
II. <i>E PLURIBUS DUO</i>	427
III. INSTRUMENTALISMO RETRIBUCIONISTA.....	429
1. Retribucionismo y merecimiento	429
2. El bien intrínseco del retribucionismo	431
3. ¿Es el instrumentalismo retribucionista realmente una forma de retribucionismo?	434
IV. RETRIBUCIONISMO NO-INSTRUMENTALISTA.....	439
1. Retribucionismo negativo	442
2. Justicia retributiva	444
3. El deber de castigar	445
4. Lo correcto de castigar.....	447
5. Instrumentalismo contingente y conceptual	450
V. CONCLUSIÓN	452

PREFACIO A LA TRADUCCIÓN EN ESPAÑOL

Estamos muy agradecidos a los editores de la mayoría del contenido de *Fundamentos filosóficos del Derecho penal* —Gustavo Beade, Rocío Lorca Ferreccio e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno— por su trabajo en llevar adelante y concluir este proyecto. Los proyectos de traducción pueden ser muy demandantes e ingratos, pero constituyen una contribución a la promoción de conversaciones productivas entre diferentes tradiciones de pensamiento (un punto al cual retornaremos en un momento). Es una gran pena que no tengamos más editoriales y editores angloparlantes que estén dispuestos a tomar la tarea de llevar a cabo traducciones de trabajos importantes en la teoría del Derecho penal en idiomas que no sean el inglés; particularmente, trabajos en español y en alemán.

El objetivo y el alcance original de *Fundamentos filosóficos del Derecho penal* es descrito en la Introducción incluida en esta traducción: no necesitamos reproducirla aquí, pero vamos a enfatizar dos puntos, dos modos en los que el título puede llevar a confusiones.

Primero, nuestro objetivo no fue desenterrar o establecer los «fundamentos filosóficos» del Derecho penal como tal o de cualquier sistema particular del Derecho penal, esto es, identificar y validar una colección de conceptos fundacionales, valores y principios sobre los cuales podríamos construir firmemente la estructura del Derecho penal. En primer lugar, una pregunta filosófica central sobre el Derecho penal (como de cualquier otra práctica humana significativa) es qué tipo de «fundamentos» se exige para garantizar su legitimidad, y si se puede establecer alguno de esos fundamentos. Hubiera sido mejor (si no fuera por el título de la colección de la que formaba parte el libro) referirnos a «Perspectivas filosóficas sobre el Derecho Penal». Nuestra aspiración fue invitar a un grupo de filósofos interesantes a reflexionar sobre aspectos centrales del Derecho penal. Estas reflexiones podrían ser, inevitablemente, «fundacionales» en el sentido de que podrían indagar en profundidad acerca de aspectos de la práctica, explorar sus estructuras conceptuales, su lógica (o lógicas) interna y los valores y principios mediante los cuales puede ser fundada o limitada. Pero no hace falta esperar la producción coherente de un grupo conceptual o normativo de «fundamentos».

Segundo, hubiera sido mejor habernos referido no a las «Perspectivas filosóficas sobre el Derecho Penal», sino a las «Perspectivas filosóficas angloamericanas sobre el Derecho Penal» para dejar claro el modo en el que el libro era parroquial. Casi todos los autores venían y trabajaban en la tradición angloamericana de la filosofía jurídica; incluso si hablan de «Derecho penal» o de «el Derecho penal», los sistemas de Derecho penal con los que están más familiarizados y de los cuales toman sus materiales jurídicos son los sistemas del mundo jurídico angloamericano. Existe, como señalamos en la Introducción original, una pregunta genuina que se debe formular acerca de la posibilidad de que las teorías filosóficas del Derecho penal o las afirmaciones sobre el Derecho penal puedan aspirar a ser universales, esto es, que sean ciertas en todos y cada uno de los sistemas de Derecho penal. Sin embargo, para explorar la posibilidad de tal universalismo necesitaríamos examinar un amplio rango de sistemas diferentes de Derecho penal más allá de lo que nos proporciona el sistema del mundo del *common law* angloamericano y vincularnos con una extensión más amplia de la teoría del Derecho penal, desde diferentes tradiciones jurídicas y filosóficas. Esto es algo diferente a lo que usualmente sucede entre los teóricos angloamericanos. Esta fue una de las limitaciones del *Fundamentos filosóficos* original: su omisión a la hora de vincularse seriamente con otras tradiciones teóricas del Derecho penal, en particular con teorías basadas en la tradición jurídica alemana. Este es también un aspecto en el cual la teoría del Derecho penal ha progresado significativamente en la última década: ahora estamos observando esfuerzos más serios en vincularse, no solo comparativamente con los elementos básicos del Derecho penal, sino en un tipo de teoría comparativa y tipos de discusiones interjurisdiccionales que promueve un entendimiento mejor entre las diferentes tradiciones de pensamiento y un enriquecimiento mutuo sobre preguntas acerca de lo que el Derecho penal puede, debe o debería ser (algunas contribuciones en inglés al desarrollo de esta empresa pueden verse en DUBBER y HORNLE, 2014; DYSON y VOGEL, 2018; KEILER y ROEF, 2019; AMBOS *et al.*, 2019. Existen dos proyectos transnacionales que también persiguen estos objetivos: «Anglo-German Dialogues», organizados por académicos de Alemania y el Reino Unido y «The Political Turn in Criminal Law Scholarship» organizado por académicos de Alemania, Canadá y Chile).

Existen otros aspectos en los que podemos ver, al menos en retrospectiva, que el alcance del *Fundamentos filosóficos* original era limitado. Sin embargo, solo algunas de estas limitaciones fueron deliberadas. Una limitación obvia fue que incluimos solo un capítulo sobre el castigo penal, si bien este ha sido un punto al cual se le ha dedicado una gran atención filosófica y que continúa teniéndola. Esta restricción fue deliberada, dada la gran cantidad de libros y colecciones sobre el castigo útiles que estaban disponibles, y dado también nuestro deseo de resistir la tendencia a ver el castigo penal como

el aspecto más importante del Derecho penal y la pregunta central para la teoría del Derecho penal. Las discusiones sobre la justificación del castigo continuaron creciendo [véase, p. ej., TADROS, 2011; TONRY, 2012 (b); WELLMAN, 2017; ZAIBERT, 2018; un resumen en DUFF y HOSKINS, 2018]. Si bien muchos filósofos en sus textos continúan asumiendo que el castigo penal debe ser, de algún modo justificable (la pregunta que se presenta luego es qué tipo de justificación es la más plausible), es posible escuchar voces más radicalmente críticas que cuestionan la idea de justificar el castigo penal (véase, p. ej., ZIMMERMAN, 2011), o modos particulares de castigo como el encarcelamiento (véase, p. ej., MCLEOD, 2015, 2019) o el grado en el cual los estados contemporáneos pueden afirmar que sus sistemas punitivos son legítimos (véase, p. ej., RISTROPH, 2016). Existen también argumentos sobre la posibilidad de —podríamos decir— hacer el Derecho penal menos punitivo, dejando de lado preocupaciones por la retribución justa y la inculpa-ción, y, en cambio, favoreciendo un enfoque más importante sobre ideas de reconciliación y rehabilitación (véase, p. ej., LACEY y PICKARD, 2013, 2015; KELLY, 2018).

Hay un problema vinculado que *Fundamentos filosóficos* desatendió (era el foco del capítulo de Stuart Green) que ha recibido mayor atención en los años recientes. Se trata de la preocupación por la justificación o la legitimidad del Derecho penal en contextos de injusticia social grave: ¿puede un Estado afirmar que tiene autoridad, estatus, para castigar a los autores que han sido víctimas de prácticas sistemáticas de injusticia excluyente? Este es uno de los modos en los cuales los teóricos han llegado a reconocer la importancia del contexto político del Derecho penal y el castigo (un punto al cual retornaremos). Se han producido nuevos e interesantes trabajos sobre las implicaciones de la injusticia social para la justicia penal (véase, p. ej., GARGARELLA, 2011; HOWARD, 2013; SHELBY, 2016; EWING, 2018; LORCA, 2018; BEADE, 2019; DUFF, 2019).

Las cargas que el Derecho penal impone sobre aquellos que están sujetos a sus atenciones coercitivas no están, por supuesto, limitados a las cargas (de lo que formalmente cuenta como) del castigo penal. Más allá de aquellas incluidas en el propio proceso penal, el proceso de investigación, persecución, y el juicio —sobre el que comentaremos más adelante—, incluyen un amplio espectro de las llamadas «consecuencias colaterales» de las condenas penales. Estas van desde la detención de un antecedente penal (que puede tener consecuencias drásticas para la vida de las personas), atraviesan una variedad de exigencias, privaciones y exclusiones que pueden estar formalmente vinculadas a la condena penal (incluyendo la —simbólicamente significativa— pérdida del derecho a voto), hasta alcanzar varios tipos de efectos sociales informales, como ser conocido como un delincuente. Este es un aspecto que no ha sido tratado en *Fundamentos filosóficos*, pero cuya importancia ha sido reconocida, más ampliamente, por los teóricos del Derecho

penal, como una parte más desarrollada de la necesidad de prestar atención a las consecuencias y los efectos del Derecho penal como un conjunto de prácticas institucionales. Necesitamos preguntar, en un tono crítico, si y cómo pueden justificarse los diferentes tipos de consecuencias colaterales como una parte del castigo del autor o como una medida preventiva no punitiva diferente (véase, p. ej., CHIN, 2012; LERMAN y WEAVER, 2014; JACOBS, 2015; LOVE *et al.*, 2016; TRIPKOVIC, 2018; HOSKINS, 2019).

La importancia de prestar atención a un espectro completo de las prácticas del Derecho penal también puede ser vista en otros dos desarrollos en la academia del Derecho penal. Los teóricos del Derecho penal se enfocan, a menudo, en una extensión familiar de delitos «centrales» tales como los llamados «mala in se», entre otros, el homicidio, la violación y otros ataques contra las personas. De todos modos, el vasto volumen del Derecho penal (de delitos definidos por el Derecho, o de casos penales tratados a través del sistema penal) no consisten en esas obvias, graves infracciones pre jurídicas. Mucho de esto consiste en los llamados «mala prohibita», delitos que se vinculan con conductas que no son dañosas antes de ser prohibidas por el derecho. Mucho de esto consiste también en delitos relativamente menos graves —en delitos menores— más que en delitos graves y no deberíamos asumir que ese tipo de análisis descriptivo o normativo, si bien puede ser apropiado para los delitos graves «mala in se», también será adecuado para este campo amplio de delitos. En la última década, pese a que los teóricos continuaron analizando los cambios de las estructuras centrales de los delitos «mala in se» (véase, p. ej., GREEN, 2012, 2020), también le prestaron más atención a esta variedad más amplia de delitos. En particular, ha habido serias discusiones sobre si puede estar justificada la criminalización de los delitos «mala prohibita», si tomamos seriamente las «limitaciones de la lesividad» según las cuales solo son legítimamente criminalizables las conductas dañosas (véase, p. ej., DIMOCK, 2016; GREEN, 2016; TADROS, 2016, cap. 17; CORNFORD, 2017; EDWARDS, 2017; DUFF, 2018, 58-70, 313-22) y la desarrollada atención que se le ha prestado a los modos en los que los delitos menores aparecen en el Derecho penal y han predominado en los procedimientos ante los tribunales y sus funcionarios (véase, p. ej., NATAPOFF, 2012; KOHLER-HAUSAMANN, 2014, 2018).

Prestar atención al rol de los delitos menores en el Derecho penal implica también, inevitablemente, prestarle atención al proceso penal que se ocupa de este tipo de infracciones, dado que siempre son casos trabajados por la policía y los fiscales (y no por los tribunales), o mediante *plea-bargains* que en efecto transfieren el poder penal desde los tribunales hacia los fiscales. Los teóricos, en este sentido, han tomado un interés crítico en el proceso penal, en como la policía se ocupa —o debería ocuparse— de los delincuentes y los sospechosos (véase, p. ej., LERMAN y WEAVER, 2014; LOADER, 2016; ROBERTS, 2017), en el rol de los fiscales [véase, p. ej., TONRY, 2012 (a);

LANGER y SKLANSKY, 2017], en la legitimidad de los varios tipos de *plea-bargaining* que están tan generalizados en los sistemas en Estados Unidos (véase LIPPKE, 2011); y en la enorme «maquinaria del sistema de justicia penal» (BIBAS, 2012). También se han interesado en algunos de los aspectos tradicionales del proceso penal, p. ej., en el significado y la importancia de la presunción de inocencia (véase *Criminal Law and Philosophy*, 2014; LIPPKE, 2016), como también en su correcta finalidad y la estructura del propio juicio penal (véase, p. ej., DZUR, 2012; ROBERTS, 2014; LEE, 2018; también ROBERTS, 2011; DRIPPS, 2011). Esto refleja un reconocimiento más profundo de que los teóricos del Derecho penal, sean analíticos o normativos, deben prestar atención no solo a los aspectos formales y las estructuras del Derecho penal, sino también a su operación real en casos concretos —al «derecho en acción» como así también al «derecho en los textos»—; a procesos de criminalización sustantivos tanto como a aquellos que son formales (véase LACEY, 2009).

Esa amplitud del foco teórico es crucial si vamos a teorizar el «Derecho penal» como una verdadera institución humana y no una abstracción de los filósofos. Este punto también es enfatizado por los teóricos que insisten en la teorización filosófica, incluso si pretende ser, en última instancia, normativa y no puramente analítica o descriptiva. Para eso la teorización debe estar basada en el entendimiento del Derecho penal (o más precisamente, en diferentes sistemas del Derecho penal) como un conjunto de prácticas formadas por su historia y por los amplios contextos políticos y sociales en los cuales funcionan (véase, p. ej., LACEY, 2011, 2016; FARMER, 2016; también RAMSAY, 2012). La teorización normativa sobre el objetivo correcto (y los límites) del Derecho penal, y en particular sobre los principios que deben guiar los procesos de criminalización (véase, p. ej., SIMESTER y VON HIRSCH, 2011; DUFF *et al.*, 2010, 2011, 2013, 2014; FARMER, 2016; TADROS, 2017; DUFF, 2018), ha florecido en la última década pese a que se ha complicado por la fuerte conciencia de la necesidad que tienen esos teóricos de prestar atención a la historia y la sociología del Derecho penal.

Este trabajo teórico ha sido cada vez más informado por el reconocimiento de que la teoría del Derecho penal debe estar basada en la filosofía política (y no solo, como muchos teóricos angloamericanos parecen asumir, en la filosofía moral). Teorizar el Derecho penal es teorizarlo como una parte del aparato institucional del Estado; debe ser entendido en términos del rol que juega (o debería jugar) en relación con el objetivo correcto y las funciones del Estado y en la vida de la comunidad política a la que ese Derecho pertenece. Esto es cierto, al menos, en el Derecho penal local.

Un conjunto cada vez más grande de preguntas importantes, tocadas solo brevemente en *Fundamentos filosóficos* (véase WELLMAN, 2011) es la preocupación por los fundamentos normativos del Derecho penal internacional: (véase, p. ej., AMBOS, 2013-2016, 2015; SCHABAS, 2016). De este

modo, los primeros siete capítulos de *Fundamentos filosóficos* estaban dedicados a «Derecho penal y Teoría Política» y un número de trabajos recientes han buscado tomar este «cambio político en la academia del Derecho penal» para explorar las implicancias que tiene para el Derecho penal cada una de los diferentes tipos de teoría política y la relación que existe entre el Derecho penal y la comunidad política (véase, p. ej., GARVEY, 2013; DUFF *et al.*, 2014; YANKAH, 2015; DZUR *et al.*, 2016; FARMER, 2016; GARGARELLA, 2016; DAGGER, 2018; DUFF, 2018; CHIAO, 2019).

Deben señalarse otras tres nuevas tendencias en la academia del Derecho penal reciente, solo una de las cuales fue incluida en *Fundamentos filosóficos*. La primera se ocupa del modo en el que el Derecho penal ha aumentado notablemente un «giro preventivo» (CARVALHO, 2017). El Derecho penal es usado no solo como una respuesta a delitos pasados, sino como un medio para prevenir delitos futuros o daños, lo que incluye un total desenfoque o una abierta destrucción de la distinción tradicional entre el Derecho penal y otros tipos de medidas no penales y no punitivas, preventivas o protectoras. Este «giro» y los problemas normativos que trae aparejados fueron el foco de la contribución de Andrew Ashworth y Lucia Zedner en *Fundamentos filosóficos* y de su proyecto sobre justicia preventiva, que produjo dos trabajos importantes (véase ASHWORTH *et al.*, 2013; ASHWORTH y ZEDNER, 2014). El segundo, relacionado con la primera tendencia, es particularmente visible en Estados Unidos y está cada vez más cerca de la relación entre el Derecho penal y la ley de inmigración y los modos en los cuales sus propósitos y sus funcionamientos han llegado a enredarse unos con otros, lo que constituye un fenómeno perturbador que ha sido llamado «crimigración» (véase, p. ej., SKALSNIKY, 2012; ALIVERTI, 2013, 2017; AAS y BOSWORTH, 2013; SPENA, 2014, 2017).

Tercero, como un fenómeno totalmente separado, pero uno que también ilustra el modo en el cual los teóricos del Derecho penal se han vinculado cada vez más, por encima de los límites estrictos y formales del propio Derecho penal, podemos notar el renovado interés en la relación entre el Derecho penal y el Derecho de daños. Al menos en algunas presentaciones plausibles, ambos parecen ocuparse de los daños. Entonces, ¿cómo debemos decidir si un tipo dado de daños es correctamente resuelto mediante el Derecho penal, el derecho de daños, ambos o ninguno (véase DYSON, 2014, 2015; OBERDIEK, 2014).

En este prefacio hemos ofrecido una visión muy selectiva de algunas novedades significativas en la teoría (mayormente angloamericana) del Derecho penal en los nueve años que pasaron desde la publicación original de *Fundamentos filosóficos* y una selección de referencias (en su gran mayoría angloamericanas) a los textos recientes en el área (una colección de ensayos y resúmenes de discusiones pueden verse también en TANGUAY-RENAUD y STRIBOPOLUS, 2012; ZEDNER y ROBERTS, 2012; FLANDERS y HOSKINS, 2015;

FERZAN y MORSE, 2016; EDWARDS, 2018). Esperamos haber dicho lo suficiente para mostrar que la teorización sobre el Derecho penal continúa prosperando y desarrollándose; y que esta traducción de *Fundamentos filosóficos* colaborará a empujar y atraer a más participantes a la conversión en curso: especialmente participantes que van a traer diferentes perspectivas desde afuera de las tradiciones angloamericanas.

Septiembre de 2019.

R. A. DUFF y Stuart P. GREEN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAS, K. F., y BOSWORTH, M. (eds.), 2013, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press.
- ALIVERTI, A., 2013, *Crimes of Mobility: Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Routledge.
- 2017, «The Wrongs of Unlawful Immigration», *Criminal Law and Philosophy*, 11: 375.
- AMBOS, K., 2013-2016, *Treatise on International Criminal Law* (3 volumes), Oxford University Press.
- 2015, «The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles», *Criminal Law and Philosophy*, 9: 301.
- AMBOS, K., DUFF, R. A., ROBERTS, J., y WEIGEND, T., (eds.), 2019, *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge University Press.
- ASHWORTH, A. J., y ZEDNER, L., 2014, *Preventive Justice*, Oxford University Press.
- ASHWORTH, A. J., ZEDNER, L., y TOMLIN, P. (eds.), 2013, *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- BEADE, G., 2019, «Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish Deprived Citizens», *Criminal Law and Philosophy*, 13: 271.
- BIBAS, S., 2012, *The Machinery of Criminal Justice*, Oxford University Press.
- CARVALHO, H., 2017, *The Preventive Turn in Criminal Law*, Oxford University Press.
- CHIAO, V., 2019, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford University Press.
- CHIN, G., 2012, «The New Civil Death: Rethinking Punishment In The Era Of Mass Conviction», *University of Pennsylvania Law Review*, 160: 1789.
- CORNFORD, A., 2017, «Rethinking the Wrongness Constraint», *Law and Philosophy*, 36: 615.
- Criminal Law and Philosophy*, 2014, *Special Issue on the Presumption of Innocence*, 8(2): 283.
- DAGGER, R., 2018, *Playing Fair: Political Obligation and the Problems of Punishment*, Oxford University Press.
- DIMOCK, S., 2016, «The *Malum Prohibitum-Malum in Se* Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization», *Dialogue*, 55: 9.
- DRIPPS D. A., 2011, «The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law», en DUFF, R. A., y GREEN, S. P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 409.

- DUBBER, M. D., y HÖRNLE, T., 2014, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press.
- DUFF, R. A., 2018, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press.
- 2019, «Moral and Criminal Responsibility: Answering and Refusing to Answer», *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, 5.
- DUFF, R. A., y HOSKINS, Z., 2018, «Legal Punishment», en ZALTA, E. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/legal-punishment>.
- DUFF, R. A., FARMER, L., MARSHALL, S. E., RENZO, M., y TADROS, V. (eds.), 2010, *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- 2011, *The Structures of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- 2013, *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- 2014, *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- DYSON, M. (ed.), 2014, *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge University Press.
- 2015, *Comparing Tort and Crime*, Cambridge University Press.
- DYSON, M., y VOGEL, B. (eds.), 2018, *The Limits of Criminal Law: Anglo-German Concepts and Principles*, Intersentia.
- DZUR, A., 2012, *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*, Oxford University Press.
- DZUR, A., LOADER, I., y SPARKS, R. (eds.), 2016, *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford University Press.
- EDWARDS, J., 2017, «Criminalization without Punishment», *Legal Theory*, 23: 69.
- 2018, «Theories of Criminal Law», en ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/criminal-law>.
- EWING, B., 2018, «Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage», *Law and Philosophy*, 37: 29.
- FARMER, L., 2016, *Making the Modern Criminal Law: Criminalization and Civil Order*, Oxford University Press.
- FERZAN, K. K., y MORSE, S. J. (eds.), 2016, *Legal, Moral and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S Moore*, Oxford University Press.
- FLANDERS, C., y HOSKINS, Z. (eds.), 2016, *The New Philosophy of Criminal Law*, Rowman & Littlefield.
- GARGARELLA, R., 2011, «Penal Coercion in Contexts of Social Injustice», *Criminal Law and Philosophy*, 5: 21.
- 2016, *Castigar al Próximo: Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Siglo XXI.
- GARVEY, S., 2013, «Was Ellen Wronged?», *Criminal Law and Philosophy*, 7: 185.
- GREEN, S. P., 2012, *Thirteen Ways to Steal a Bicycle*, Harvard University Press.
- 2016, «The Conceptual Utility of *Malum Prohibitum*», *Dialogue*, 55: 33.
- 2020, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press.
- HOSKINS, Z., 2018, *Beyond Punishment? A Normative Account of Collateral Restrictions on Offenders*, Oxford University Press.
- HOWARD, J., 2013, «Punishment, Socially Deprived Offenders, and Democratic Community», *Criminal Law and Philosophy*, 7:121.
- JACOBS, J. B., 2015, *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press.
- KEILER, J., y ROEF, D. (eds.), 2019, *Comparative Concepts of Criminal Law*, 3rd edn. Intersentia.

- KELLY, E. I., 2018, *The Limits of Blame: Rethinking Punishment and Responsibility*, Harvard University Press.
- KOHLER-HAUSMANN, I., 2014, «Managerial Justice and Mass Misdemeanors», *Stanford Law Review*, 66: 611.
- 2018, *Misdemeanorland: Criminal Courts and Social Control in an Age of Broken Windows Policing*, Princeton University Press.
- LACEY, N., 2009., «Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues», *Modern Law Review*, 72: 936.
- 2011, «The Resurgence of Character: Responsibility in the Context of Criminalization», en DUFF, R. A., y GREEN, S. P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 151.
- 2016, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford University Press.
- LACEY, N., y PICKARD, H., 2013, «From the Consulting Room to the Court Room? Taking the Clinical Model of Responsibility Without Blame into the Legal Realm», *Oxford Journal of Legal Studies*, 33: 1.
- 2015, «To Blame or to Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice», *Oxford Journal of Legal Studies*, 35: 665.
- LANGER, M., y SKLANSKY, D. (eds.), 2017, *Prosecutors and Democracy: A Cross-National Study*, Cambridge University Press.
- LEE, Y. J., 2018, «The Criminal Jury, Moral Judgments, and Political Representation», *University of Illinois Law Review*, 1255.
- LERMAN, A., y WEAVER, V., 2014, *Arresting Citizenship: The Democratic Consequences of American Crime Control*, University of Chicago Press.
- LIPPKE, R. L., 2011, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press.
- 2016, *Taming the Presumption of Innocence*, Oxford University Press.
- LOADER, I., 2016, «In Search of Civic Policing: Recasting the “Peelian” Principles», *Criminal Law and Philosophy*, 10: 427.
- LORCA, R., 2018, «Punishing the Poor and the Limits of Legality», *Law, Culture and the Humanities*, <https://doi.org/10.1177/1743872118789985>.
- LOVE, M. C., ROBERTS, J., y KLINGELE, C. M., 2016, *Collateral Consequences of Criminal Convictions: Law, Policy and Practice*, Thomson West.
- MCLEOD, A. M., 2015, «Prison Abolition and Grounded Justice», *UCLA Law Review*, 62: 1156.
- 2019, «Envisioning Abolition Democracy», *Harvard Law Review*, 132: 1613.
- NATAPOFF, A., 2012, «Misdemeanors», *Southern California Law Review*, 85: 101.
- OBERDIEK, J. (ed.), 2014, *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press.
- RAMSAY, P., 2012, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, Oxford University Press.
- RISTROPH, A., 2016, «The Conditions of Legitimate Punishment», en FLANDERS y HOSKINS, 2016: 79.
- ROBERTS, A., 2017, «Dismissals as Justice», *Alabama Law Review*, 69: 327.
- ROBERTS, P., 2011, «Groundwork for a Jurisprudence of Criminal Procedure», en DUFF, R. A., y GREEN, S. P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 379.
- (ed.), 2014, *Theoretical Foundations of Criminal Trial Procedure*, Ashgate.
- SCHABAS, W. (ed.), 2016, *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press.

- SHELBY, T., 2016, *Dark Ghettos: Injustice, Dissent, and Reform*, Harvard University Press.
- SIMESTER, A. P., y HIRSCH, A. VON, 2011, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalization*, Hart Publishing.
- SKLANSKY, D., 2012, «Crime, Immigration and Ad Hoc Instrumentalism», *New Criminal Law Review*, 15: 157.
- SPENA, A., 2014, «Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law», *Criminal Law and Philosophy*, 8: 635.
- 2017, «A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?», *Criminal Law and Philosophy*, 11: 351.
- TADROS, V., 2011, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press.
- 2016, *Wrongs and Crimes*, Oxford University Press.
- TANGUAY-RENAUD, F., y STRIBOPOULOS, J. (eds.), 2012, *Rethinking Criminal Law Theory*, Hart Publishing.
- TONRY, M. (ed.), 2012(a), *Prosecutors and Politics: A Comparative Perspective (Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 41), University of Chicago Press.
- 2012(b), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford University Press.
- TRIPKOVIC, M., 2018, *Punishment And Citizenship: A Theory Of Criminal Disenfranchisement*, Oxford University Press.
- WELLMAN, C., 2011, «Piercing Sovereignty: A Rationale for International Jurisdiction over Crimes that do not Cross International Borders», en DUFF, R. A., y GREEN, S. P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 461.
- WELLMAN, C., 2017, *Rights Forfeiture and Punishment*, Oxford University Press.
- YANKAH, E. N., 2015, «Republican Responsibility in Criminal Law», *Criminal Law and Philosophy*, 9: 457.
- ZAIBERT, L., 2018, *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press.
- ZEDNER, L., y ROBERTS, J. V. (eds.), 2012, *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press.
- ZIMMERMAN, M., 2011, *The Immorality of Punishment*, Broadview Press.

INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE LOS FUNDAMENTOS*

R. A. DUFF y Stuart P. GREEN

El título de este volumen, *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal*, puede incurrir en una petición de principio en relación con dos importantes preguntas. En primer lugar, ¿tiene fundamentos el Derecho penal? En segundo lugar, si los tiene, ¿es responsabilidad de la filosofía construir o indagar en torno a dichos fundamentos?

Hablar de fundamentos parece implicar que el Derecho penal tiene una estructura ordenada y estable que puede ser descubierta a partir de ciertos elementos básicos o fundacionales. Cuando además decimos que dichos fundamentos son filosóficos parecemos asumir que el Derecho penal se mueve en el ámbito de la razón. Una visión crítica seguramente podría sostener que el Derecho penal (y el Derecho en general) no tiene esta naturaleza. Ciertamente no parecer ser que el Derecho penal se mueva puramente en el ámbito de la razón si entendemos por esto que el Derecho penal se sostiene en base a principios coherentes o que se expresa en una estructura racional de reglas y doctrinas consistentes. El Derecho penal, además, tampoco poseería el nivel de estabilidad que habría de proveerle la posesión de fundamentos, pues está basado y determinado por algo tan inestable como los variables vientos de las contingencias históricas y sus fuerzas políticas, sociales y económicas. De ahí que una comprensión de la estructura, el desarrollo y las bases del Derecho penal no puede solo elaborarse en base a exploraciones metafísicas, a un análisis conceptual o a reconstrucciones racionales que pueden ser ofrecidas por distintos tipos de filósofos, sino que también requiere de las herramientas de análisis interpretativo y empírico de disciplinas como la historia y la sociología. Estas últimas tienen más posibilidades de explicar al Derecho penal (lo que significa, de qué manera y con qué fines funciona, y cuáles son sus efectos), al analizar su evolución e identificar los factores históricos y so-

* Título original: *Introduction: Searching for Foundations*. Traducción de Rocío LORCA FERRECCIO (Universidad de Chile).

ciales que han determinado que este haya tomado la forma que actualmente posee y que además han creado los conflictos que el Derecho penal expresa. Desde una perspectiva crítica, para comprender al Derecho penal, o para identificar los fundamentos que este pudiera tener, debemos atender a su historia y a su contexto político y social, no a las reconstrucciones racionales de la filosofía¹.

Esta visión crítica puede encontrar un respaldo simbólico en la historia del título de este libro, pues este fue más bien el resultado de una contingencia histórica antes que de una reflexión racional o basada en principios. *Oxford University Press* nos preguntó si nos interesaba organizar un libro que siguiera los pasos del libro *Los Fundamentos Filosóficos de la Responsabilidad Extracontractual*², y eso nos dio nuestro título, no habremos de encontrar ningún significado más profundo o filosófico. Para comprender nuestra opción de título (si acaso puede llamarse opción), el lector deberá entonces mirar no tanto a la teoría filosófica ni a una concepción del Derecho penal que le atribuya «fundamentos filosóficos», sino a las contingencias de la historia de su publicación y a las preocupaciones de marketing que determinaron el curso de dicha historia. De este modo, los críticos podrían sostener, una comprensión del Derecho penal requiere atención no solo, o de manera principal, a las abstracciones de las investigaciones filosóficas, sino a las desordenadas contingencias de la historia, más precisamente, de las historias de los distintos sistemas de Derecho penal que pueden encontrarse en nuestro mundo contemporáneo.

Vamos a resistir este criticismo. No lo hacemos porque pensemos que las investigaciones filosóficas son la clave para la comprensión del Derecho penal, o que las investigaciones filosóficas pueden abstraerse de otras disciplinas como la historia o la sociología. En efecto, no existe algo así como *la* clave, en parte porque no existe un único fin en la «comprensión del Derecho penal». Distintas comprensiones pueden obtenerse a través de distintas perspectivas disciplinarias y aun cuando estas no puedan aislarse entre ellas, cada una tiene su carácter distintivo. Los teóricos deben aspirar no a desarrollar una teoría omnicomprensiva que pueda ser *la* teoría del Derecho

¹ Versiones más extremas de estas críticas han sido formuladas por los impulsores de los Estudios Legales Críticos (p. ej., M. KELMAN, «Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law», 33 *Stanford Law Review*, 1981, p. 591, y «Trashing», 36 *Stanford Law Review*, 1984, p. 293). Para críticas más recientes y menos radicalmente negativas (y por esa razón más interesantes), véase, por ejemplo, L. FARMER, *Criminal Law, Tradition and Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; N. LACEY, «Contingency, Coherence and Conceptualism», en DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 9, y «Philosophical Foundations of the Common Law: Social not Metaphysical», en J. HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th Series, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 17; A. W. NORRIE, *Crime, Reason and History*, 2.^a ed., London, Butterworths, 2001.

² D. G. OWEN (ed.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

penal, sino a explorar los aspectos teóricos que surgen de las distintas (y multi-disciplinarias) investigaciones, así como a explorar la medida y el carácter de las conexiones que pueden realizarse entre ellas.

¿Qué debería entonces emerger de una aproximación filosófica al Derecho penal? ¿Qué tipo de comprensión debería ser capaz de ofrecer? ¿A qué tipos de fundamentos debe atender? Estas preguntas pueden ser adecuadamente respondidas solo a través de una rigurosa discusión del amplio espectro de las distintas aproximaciones y métodos que podrían contar como «filosóficos», una discusión en la que no nos embarcaremos en esta oportunidad. Otra pregunta relacionada es si acaso los filósofos deberían buscar desarrollar una «teoría» del Derecho penal y, en caso de responder afirmativamente, qué tipo de teoría debería ser y sobre qué debería versar. En relación a esta última pregunta puede ser útil comenzar con la tradicional distinción entre las teorías analíticas o expositivas y las teorías normativas o censuradoras, en otras palabras, aquellas teorías que se ocupan de lo que el Derecho penal es y aquellas teorías que se ocupan de lo que debería ser³.

Por cierto que una teoría jurídica de carácter expositivo o analítico, si pretende ser filosófica, no puede consistir simplemente en una descripción del contenido y las operaciones de los sistemas legales vigentes. En cambio, debe indagar bajo la superficie para articular las estructuras que informan dicho contenido y que sirven como base de dichas operaciones. Algunos considerarán que se trata de una empresa de análisis conceptual que tiene como objetivo explicar el significado de conceptos legales (conceptos que, por supuesto, pueden ser comprendidos únicamente en el contexto en que son utilizados); otros podrían llevar adelante una empresa relacionada en la que lo que se busca es discernir la lógica, o la estructura lógica del Derecho penal; finalmente otros, con ambiciones metafísicas, podrían buscar establecer la verdadera naturaleza del Derecho penal⁴. Por oposición a lo anterior, una teoría jurídica censuradora o de carácter normativo, no se preocupa de la estructura o contenido de los sistemas legales vigentes,

³ Véase J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, BURNS y HART (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996, cap. 19, en relación con la jurisprudencia «expositiva» como una cuestión contraria a aquella que posee un carácter de «censura» (ahí, el autor discurre sobre la idea de una jurisprudencia «local» como contraria a la «universal», y destaca que, dada la diversidad de leyes, tanto en forma como en contenido, la jurisprudencia expositiva puede reclamar aplicación universal solo si circunscribe su atención a la «terminología» o «el significado de las palabras»). Para una discusión más contemporánea sobre la distinción entre una jurisprudencia analítica y una normativa (o «descriptiva» y «prescriptiva»), véase D. N. HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, Totowa, NJ, Rowman & Littlefield, 1987, pp. 20-26.

⁴ Véase M. S. MOORE, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997: el análisis conceptual, en la visión de MOORE, es en el mejor de los casos una guía incierta hacia el descubrimiento de una metafísica subyacente, lo cual es la tarea propia de la investigación filosófica.

sino de los fines, los valores y los principios que *deberían* estructurar a un sistema de Derecho penal (una preocupación clave para cualquier teórico de este estilo será, por supuesto, indagar en los fundamentos de dichas ideas normativas y su relación con una teoría expositiva o analítica).

Parece bastante sencillo presentar esta distinción entre una teoría del Derecho de carácter analítico y una normativa, pero no deberíamos pensar que la distinción puede trazarse de manera demasiado precisa. Esto, por dos razones.

En primer lugar, una aproximación analítica no puede eludir un compromiso normativo. No solo porque lo que estamos analizando sea en sí mismo una institución normativa y una que, por lo demás, consiste principalmente en la creación y aplicación autoritaria de juicios normativos. Este compromiso normativo también ha de desprenderse del hecho de que cualquier descripción de una institución que pretenda ser más que una descripción parcial, ambigua y desestructurada (y el análisis filosófico debe querer ir más allá de esto), inevitablemente implicará un intento de reconstrucción racional, sea este más o menos radical. Dicho intento será normativo tanto si falla como si es exitoso, pues en el primer caso demostrará que la institución carece de estructura racional. Tal como los teóricos críticos nos suelen recordar, nuestro Derecho penal no es un producto perfectamente diseñado y construido en un momento de inspiración divina creativa, sino el resultado desordenado de diversas y cambiantes fuerzas que determinan su desarrollo histórico. El desafío es que dicho grupo de prácticas tenga un sentido y dado el carácter normativo de estas prácticas, su sentido ha de ser también normativo. Ha de ser posible discernir una estructura normativa que exprese principios y valores coherentes, y que se adapte a la persecución de fines identificables. Esto no quiere decir que una reconstrucción racional deba producir una estructura normativa que se encuentre libre de todo conflicto: una vez que reconocemos que existen valores inconmensurables y en conflicto, debemos reconocer también que la existencia de conflictos o contradicciones, incluso entre aquellos en que solo es posible una solución de compromiso incómoda y no una solución definitiva, no implica que halla una deficiencia racional en el sistema en que dichos conflictos son encontrados. En cambio, dichos conflictos, pueden significar la manera en la que el sistema es sensible a una pluralidad de valores⁵.

Llevar adelante una reconstrucción racional de la manera en que la hemos descrito hasta el momento no aparece (todavía) como una tarea titánica, ya que no involucra la elaboración de una teoría política⁶. Sin embargo, se trata

⁵ En mayor profundidad, véase D. N. MACCORMICK, «Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS», *10 Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, p. 539; R. A. DUFF, «Principle and Contradiction in the Criminal Law», en DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, p. 156.

⁶ Véase R. M. DWORKIN, *Lau's Empire*, London, Fontana, 1986, especialmente, caps. 7-10.

de una tarea proto-titánica pues su realización requiere la reconstrucción de un sistema completo de Derecho penal. Inevitablemente una reconstrucción de esta naturaleza exigirá la elaboración de algo y no una pura indagación, desdibujando así la distinción nunca demasiado clara entre «descubrimiento» y «creación». También requerirá una teoría sustantiva sobre el error toda vez que las doctrinas, los principios y las reglas que la reconstrucción racional muestren como parte implícita del sistema legal, seguramente resultarán ser inconsistentes con algunas decisiones judiciales particulares, así como con algunas leyes, doctrinas, principios o eslóganes que muchos pueden considerar como aspectos elementales de nuestro Derecho.

La tarea de una reconstrucción racional podría volverse más plenamente titánica en la medida que se vuelve difícil atenerse de manera estricta a lo que forma parte interna del Derecho⁷. Un análisis o una reconstrucción que solo atiende a lo que el Derecho mismo ofrece (suponiendo que sea posible distinguir al Derecho en sí mismo de lo que está más allá de él) puede revelar conflictos o inconsistencias entre algunos aspectos del Derecho, y podría en ciertos casos también mostrar que uno de dichos aspectos ha de ser tenido como un «error» cuando aquello en relación con lo cual este aspecto es inconsistente, se encuentra más cerca del núcleo de la estructura del Derecho⁸. Pero tanto la interpretación de las doctrinas o principios involucrados, como la determinación de lo que deba contar como un error, muchas veces tendrán que ir más allá de una perspectiva interna, y mirar algún conjunto de valores morales o políticos externos que aparezcan como los valores que el Derecho está orientado a expresar. Para que algo tenga un sentido normativo debe descansar en alguno de estos valores y cualquier intento de decidir qué reconstrucción tiene más sentido normativo, deberá apelar a dichos valores. Un teórico dedicado a la reconstrucción puede intentar permanecer imparcial en la medida que sea capaz de identificar los valores morales o políticos que tienen mayor sentido en un sistema jurídico en particular sin tener que al mismo tiempo expresar acuerdo o desacuerdo con dichos valores (aun cuando es posible cuestionar cuán capaz será de tener una visión imparcial de este tipo, que le permita juzgar qué tiene mayor sentido normativo para un determinado sistema). En cualquier caso, lo que estaría siendo reconstruido en tales circunstancias no sería una teoría sobre lo que el Derecho debe ser, sino una teoría sobre lo que el Derecho debería ser desde la perspectiva normativa de un sistema en particular⁹.

⁷ Véanse J. TASIOLAS, «Philosophy, Criticism and Community», 26 *Journal of Applied Philosophy*, 2009, p. 259; V. TADROS, «Law, Strategy and Democracy», 26 *Journal of Applied Philosophy*, 2009, p. 269.

⁸ Compárese con el trabajo de W. V. QUINE, «Two Dogmas of Empiricism», 60 *Philosophical Review*, 1951, p. 20, sobre la «red de creencias» y las formas en que las proposiciones son más o menos revisables.

⁹ Compárese con J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 153-159, en torno a la idea de «declaraciones normativas desinteresadas».