

EL CASTIGO ANGLOSAJÓN Y EL DERECHO PENAL DE LOS CIUDADANOS

*Por María Alejandra Díaz Vargas
Monitora del CIFD*

Antony Duff, es profesor emérito de la Universidad de Stirling, Escocia y profesor emérito de la Universidad de Minnesota, Estados Unidos. Es conocido por sus obras sobre derecho penal, la teoría del castigo y filosofía. Hizo su posgrado en la Universidad de Oxford, Reino Unido.

En el presente texto, se describirá la teoría comunicativa del castigo de Antony Duff. Sobre la misma se tratará el capítulo *Punishment and communication*¹ de la obra *Punishment, communication, and community*². Sin embargo, es necesario introducir la teoría del autor para comprender la postura que decide tomar sobre el castigo.

En primer lugar, Duff entiende que el derecho penal hace parte de una comunidad política liberal. De tal forma, el autor critica el derecho penal anglosajón actual por considerar que está pensado para personas que no son miembros de esa comunidad. Contrario a lo anterior, Duff plantea que los procedimientos penales y el tratamiento que se da a los mismos está pensado para los ciudadanos miembros de la comunidad política.

Esta comunidad política liberal se guía por los valores de la autonomía, libertad, privacidad y pluralismo. Por tanto, el derecho penal debe respetar estos valores de los que gozan todos los ciudadanos. Entonces, se pregunta, cuál sería el contenido del derecho penal para estos ciudadanos y explica que el derecho penal no consiste en prohibiciones, ni da razones para abstenerse de actuar de cierta forma porque hay una prohibición. En sentido opuesto, el autor plantea que una conducta no es reprochable (*wrong*) porque sea un delito, sino que es un delito porque la conducta es en sí misma reprochable (*wrong*)³. Para esto, explica que las conductas reprochables penalmente (*criminal wrongs*) son de dos tipos: (i) *mala in se*, consideradas reprochables (*wrongs*) antes de la criminalización de las mismas y (ii) *mala prohibita*, reprochables (*wrongs*) porque fueron reguladas legalmente, como el límite de velocidad o el derecho tributario.

En consecuencia, para Duff, una de las funciones iniciales del derecho penal es elegir, de entre todas las conductas reprochables (*wrongs*), aquellas que tengan relevancia pública y no privada. De tal forma, al criminalizar las conductas, las define y las selecciona. Sin embargo, estas conductas ya son consideradas reprochables (*wrong*), son preexistentes al derecho. En tal sentido, es claro el impacto de la filosofía moral en toda la teoría del autor. El derecho debe representar a toda la comunidad, no es un ente ajeno, sino parte de una construcción colectiva

¹ Castigo y comunicación. (Traducción propia)

² Castigo, comunicación y comunidad. (Traducción propia)

³ Véase la conferencia de DUFF, A. En “The Simone Weil Lecture on Human Value” presentada en la Australian Catholic University en agosto de 2010. Recuperada de: <https://youtu.be/MC3aMTJC0bU> (The Monthly, 3 de mayo de 2013).

de la comunidad política. Explica que su lenguaje debe ser el nuestro y que debemos escuchar nuestra voz en él, es decir, toda la comunidad debe sentirse parte de él.

Teniendo en cuenta la explicación previa, el autor se centra en la discusión sobre el castigo para los ciudadanos. Sobre este surgen múltiples preguntas, cómo debería ser (prisión, multa, conciliación, reparativo), cuál es el fin del castigo y, sobre todo, cómo podría legitimarse en una comunidad política liberal.

Inicialmente, analiza si el castigo de los sistemas penales anglosajones actuales es consistente con la comunidad liberal. Para lo cual explica que usualmente el castigo implica ciertas exclusiones, aunque no sea clara su necesidad. Estas exclusiones pueden ser: **(i) políticas**, sobre la participación en el proceso político y la organización de la comunidad, como el voto en las elecciones democráticas; **(ii) materiales**, sobre los recursos y beneficios que tiene la comunidad, como la salud, el empleo; **(iii) normativas**, sobre el trato que reciben las personas sobre los valores de la comunidad y si pueden exigir el respeto de los mismos; y **(iv) lingüísticas**, sobre el lenguaje en el que se desarrolla la vida en comunidad, incluso frente al lenguaje jurídico técnico que excluye a los delincuentes.

Sin encontrar compatibilidad entre el castigo del sistema penal actual y los valores de toda comunidad liberal, Duff desarrolla, en el capítulo mencionado, una teoría comunicativa del castigo que sea legítima para imponerse contra los ciudadanos miembros de una comunidad liberal. De tal forma, explica que un castigo que sea consistente con la comunidad política liberal es una concepción comunicativa del castigo que le comunique al delincuente la censura que sus crímenes merecen (Duff, 2001, pág 79).

Se trata de una teoría comunicativa y no expresiva del castigo porque el autor explica que la comunicación implica una relación racional y recíproca, contrario a los fines expresivos. Esto se conecta con el propósito de su teoría de entender el derecho penal para ciudadanos, donde los delincuentes son racionales y pueden comunicarse sobre sus conductas reprochables (*wrongs*). Es un derecho que entiende al delincuente como parte de los valores del mismo y que comprende su reproche (*wrong*). El autor, sin embargo, entiende que hay distintos tipos de delincuentes y que la actitud frente al reproche (*wrong*) es variable.

Para el autor, el castigo retributivo es consistente con una comunidad política liberal, como un castigo comunicativa e incluyente que responda a las conductas reprochadas (*wrongs*), de interés público, cometidas por los ciudadanos de esa comunidad. Al ser una respuesta a una conducta criminalizada de forma colectiva y democrática, cumple con los valores de la comunidad.

Este castigo cumple tres fines, las tres “r” del castigo: **(i) repentance** -arrepentimiento-, que haya una censura interna por el ciudadano, que reconozca y acepte que está siendo censurado por haber actuado de forma reprochable (*wrong*); **(ii) reform** -rehabilitación-, el reconocimiento del reproche (*wrong*) debe ir acompañado de abstenerse de cometer la conducta en el futuro; y **(iii) reconciliation** -reconciliación-, con la víctima, que se vea al delincuente

como ciudadano miembro de su misma comunidad. Para Duff, el castigo es más que los fines o propósitos que cumpla, es una deuda que debe pagar el Estado liberal. Es un deber del Estado responder y castigarlo.

Explica que el castigo penitenciario, además, no infringe el valor de la privacidad de los ciudadanos porque comunica al ciudadano de su conducta reprochada (*wrong*) por la comunidad. Para Duff, el delincuente no puede alegar que sus intenciones y actitudes frente a su conducta penal son privadas porque afectan a otro ciudadano miembro de la comunidad, a la víctima.

Concluye el autor diciendo que “*el castigo debe ser concebido como una empresa comunicativa que busca comunicar a los delincuentes la censura que merecen por sus crímenes y, de tal forma, llevarlos a arrepentirse de sus crímenes, a rehabilitarse, y reconciliarse con aquellos a los que ha perjudicado*” (Duff, 2001, pág 129)⁴. Planteadas las bases de su teoría del castigo, hay dos aspectos que se resuelven en los siguientes capítulos de su libro pero que pueden haber generado dudas. La forma en que se determina el castigo y cómo se individualiza según cada ciudadano, y la aplicación de la teoría a los sistemas penales actuales.

La teoría comunicativa del castigo de Antony Duff depende de una visión ideal de la comunidad política liberal. Entiende al derecho como construcción colectiva que identifica a todos sus ciudadanos, cuando la realidad no lo evidencia de esa forma. Su sustento en la filosofía moral puede llevar a un moralismo legal y un derecho penal que no cumple con los requisitos de fragmentario y *ultima ratio*. Sin embargo, es importante el aporte del autor a la construcción de un derecho penal más garantista, que evalúe las distintas formas de exclusión con las que se castiga a los condenados y que imponga mayores exigencias a la justificación de los castigos.

⁴ DUFF, A. (2001) *Punishment, communication, and community*, pág 129. “*criminal punishment should be conceived of as a communicative enterprise that aims to communicate to offenders the censure they deserve for their crimes, and thus to bring them to repent their crimes, to reform themselves, and to reconcile themselves with those they have wronged*”. (Traducción propia).

REFERENCIAS

- DUFF, A. (2015) *Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1 Ed.
- DUFF, A. (2001) *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- DUFF, A. (2010) *Responsibility, community and criminal law (p1)*. En “The Simone Weil Lecture on Human Value” presentada en la Australian Catholic University en agosto de 2010. Recuperada de: <https://youtu.be/MC3aMTJC0bU> (The Monthly, 3 de mayo de 2013).
- DUFF, A. (2010) *Responsibility, community and criminal law (p2)*. En “The Simone Weil Lecture on Human Value” presentada en la Australian Catholic University en agosto de 2010. Recuperada de: <https://youtu.be/KnaPNfQVjzY> (The Monthly, 3 de mayo de 2013).
- SZCZARANSKI VARGAS, F. (2015). *El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa*. *Ius et Praxis*, 21(1), 171-216. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100006>
- UNIVERSITY OF MINNESOTA. Biografía de Antony Duff. Recuperado de: <https://law.umn.edu/profiles/antony-duff>
- WANDALL, R. H. (2014). *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*. *Punishment and Society*, 16(5), 620–622.