

CAPÍTULO 57

FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

Marcelo FERRANTE*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Castigo.* III. *Responsabilidad.* IV. *Criminalización.* V. *Proceso.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal es una práctica social que ha dado lugar a investigación filosófica, desde la discusión sobre la justificación del castigo (la discusión, esto es, sobre las razones para castigar, sobre si las hay y, en su caso, cuáles son) hasta la relativamente reciente explosión del área de investigación denominada, precisamente, filosofía del derecho penal.¹ En este capítulo expongo los rasgos característicos de algunas de las manifestaciones más sobresalientes de esta investigación filosófica referida al derecho penal.

II. CASTIGO

El territorio probablemente más recorrido por la filosofía del derecho penal es el de la justificación del castigo. Desde la filosofía antigua² hasta nuestros días,³ la pregunta por la justificación del castigo ha estado siempre presente

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella.

¹ De esa explosión dan cuenta tres obras muy recientes que compilan trabajos representativos del estado actual de la investigación en todas las áreas del campo: Deigh, John y Dolinko, David (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Duff, R. A. y Green, Stuart P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; y Robinson, Paul H.; Garvey, Stephen P.; y Ferzan, Kimberly Kessler (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

² Por ejemplo, Platón, *Protágoras*, § 324 a-b.

³ Por ejemplo, Berman, Mitchell N., “Punishment and Justification”, *Ethics*, vol. 118, núm 2, 2008, pp. 258-290.

y sigue aún abierta. En un sentido profundo, la pregunta es: ¿Por qué (y en su caso en qué condiciones) puede ser correcto provocarle intencionalmente un mal a alguien que ha hecho él mismo un mal? Puesto de otro modo (en una expresión que tomo de H. L. A. Hart), ¿cuál es la receta de alquimia moral que permite transmutar esos dos males (el mal hecho por el autor del crimen y el mal que hace un grupo de funcionarios estatales) en un bien, en algo que debemos fomentar?

Entre todas las respuestas que se han ofrecido para esa pregunta (y otras derivadas de éas) a lo largo de la historia de la filosofía, podemos distinguir dos grandes clases de respuestas, algo así como dos tipos puros de respuestas a la cuestión de la justificación del castigo.

De acuerdo con la primera, existe algo así como una justicia retributiva: hay algo, digamos así, fundamentalmente justo en el castigo. Si una persona es genuinamente reprochable, en el sentido de que ha cometido una acción genuinamente aberrante y lo ha hecho culpablemente, entonces su castigo es algo intrínsecamente valioso, tiene un valor, esto es, que no se deriva de ninguna otra cosa para la cual el castigo pueda ser un medio.

Los retributivistas contemporáneos, como Michael Moore⁴ o Leo Katz,⁵ suelen mostrar con éxito la estabilidad de nuestras intuiciones retributivas. Imagíñese a un monstruo moral, alguien que haya hecho algo monstruosamente atroz, actuando por los motivos más abyectos, regocijándose después por haberlo hecho. Piénsese ahora en dos mundos posibles: un mundo M_1 , en el que el monstruo moral sigue feliz con su vida; y un mundo alternativo M_2 , en el que el monstruo padece sufrimiento en virtud de su crimen atroz. La intuición muy robusta generalmente compartida es que M_2 es mejor que M_1 . Moore, por ejemplo, intenta defender su tesis del valor intrínseco de la justicia retributiva a partir de esta intuición, rechazando todo intento de defender la idea de que hay algo problemático u objetable en albergarla.

La defensa de la tesis retributivista de que hay un valor intrínseco en el castigo (y que, si lo hay, debemos realizarlo mediante nuestras instituciones estatales) es particularmente elusiva.⁶ En contraste, la segunda clase de

⁴ Moore, Michael, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁵ Katz, Leo, “Criminal Law”, en Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 80-95.

⁶ Intentos atractivos hay muchos: por ejemplo, Hampton, Jean y Murphy, Jeff, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Duff, R. A., *Punishment, Communi-*

respuesta a la pregunta por la justificación del castigo, la justificación consecuencialista, parece simple y convincente.

Un consecuencialista acerca del castigo es alguien que propone que la única consideración relevante para responder a la pregunta por la justificación del castigo es cuáles son las consecuencias que produciría el imponer castigo en comparación con el hacer alguna otra cosa en su lugar. El mejor ejemplo de un pensador así sigue siendo hoy en día Jeremy Bentham, aunque escribió el libro fundamental sobre este tema hace más de doscientos años.⁷ La idea básica es la siguiente: “[T]odo castigo es un daño: todo castigo es en sí mismo malo. Bajo el principio de utilidad, el castigo sólo puede ser admitido (si es que ha de ser admitido) en la medida en que pueda esperarse de él que evitará un daño mayor al que el impone”.⁸

Un poco más en particular, en la visión benthamiana el castigo está justificado si es una medida eficiente para la minimización del daño; y puede serlo, pues bajo esa concepción el castigo funciona como un sistema de precios. Cada vez que se castiga a un individuo por haber realizado una acción φ en virtud de una regla según la cual se hará lo mismo en todo caso equivalente se le muestra a los individuos dispuestos a hacer φ en el futuro que esa decisión tiene un costo punitivo (además de cualesquiera otros que pueda tener con independencia del derecho penal); y, como en el mercado de bienes y servicios, *ceteris paribus* cuanto mayor es el costo de una clase de acción, menor es el número de gente dispuesta a embarcarse en ella.

Este enfoque se ha enfrentado a lo largo de la historia principalmente a objeciones relacionadas con su solvencia empírica,⁹ de las que muchos autores consecuencialistas han intentado dar cuenta especialmente haciendo más complejas las teorías sobre el mecanismo que permite establecer las relaciones causales esperadas entre el castigo y el conjunto de delitos que se cometan en la sociedad.¹⁰

Simples o complejas, las teorías consecuencialistas de la justificación del castigo se enfrentan a una objeción filosófica contundente: en ellas no hay

cation and Community, Oxford, Oxford University Press, 2001; Primoratz, Igor, “Punishment as Language”, *Philosophy*, vol. 64, núm. 248, 1989, pp. 187-205.

⁷ Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (de Bentham, Jeremy), Oxford, Oxford University Press, 1996. También Ferrante, Marcelo, “Deterrence and Crime Results”, *New Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 1-77, con referencias a la literatura consecuencialista sobre castigo y derecho penal.

⁸ Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), *Ibidem*, p. 158.

⁹ Por ejemplo, Robinson, Paul H. y Darley, John M., “Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 2, 2004, p. 173.

¹⁰ Por ejemplo, Kahan, Dan M., “Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence”, *Michigan Law Review*, vol. 95, 1997, p. 2477; Ferrante, Marcelo, *op. cit.*, nota 7.

lugar para las consideraciones de culpabilidad o inocencia y otras que parecen ser centrales en nuestra concepción de lo que es el castigo. La forma más fuerte de ver este problema reside en que, dentro de una teoría consecuencialista, el hecho de que la persona que se castiga sea culpable por el delito por el cual se está reaccionando es algo completamente contingente. No hay ninguna razón consecuencialista para castigar al culpable; sólo hay razón para castigar a aquel cuyo castigo produce las mejores consecuencias netas. Se especula con que esa persona será normalmente un culpable por un delito de la clase de delitos que se quiere disuadir con el castigo. Pero bien puede ocurrir que las mejores consecuencias se sigan de castigar a alguien que no es culpable, sino, por ejemplo, a alguien que, sin serlo, es sin embargo masivamente creído culpable. Se sigue de las premisas consecuencialistas que *ceteris paribus* debemos castigar a esa persona inocente.

Cuando como filósofos nos preguntamos por la justificación de una práctica determinada el primer paso que debemos dar es precisar cuál es la práctica por cuya justificación nos preguntaremos. Un aporte del filósofo contemporáneo Joel Feinberg¹¹ sugiere que la caracterización de la práctica para la cual autores consecuencialistas como Bentham ofrecen su justificación no es la adecuada. Esos autores parten del presupuesto de que el castigo es una imposición intencional de algún daño (una privación intencional de un bien) hecha en conexión con una falta (la violación de una regla), y llevada a cabo por la autoridad que emitió la regla violada. Cualquier sanción o penalidad cae bajo esa definición. Pero la práctica que llamamos castigo no es cualquier sanción o penalidad. Entre el juicio y prisión que imponemos a alguien por haber asesinado a otro, y la multa impuesta por un mal estacionamiento no hay –propone Feinberg– una simple diferencia de grados. Hay una diferencia cualitativa: son clases de cosas distintas. Lo que caracteriza al castigo, según el análisis de Feinberg, es el hecho de que cumple una función expresiva: “[E]l castigo es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación por parte de la autoridad punitiva misma o por parte de aquellos ‘en cuyo nombre’ el castigo es impuesto”.¹²

Si el castigo es una práctica que tiene ese rasgo esencial, una teoría de la justificación del castigo tiene que hallar razones para involucrarse en una

¹¹ Feinberg, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, pp. 95-118.

¹² *Ibidem*, pp. 97-98.

práctica que implique esencialmente esa expresión de condenación.¹³ Como las razones pertinentes para justificar la adopción de una actitud de condenación parecen fundamentalmente no consecuencialistas,¹⁴ el hallazgo de la dimensión expresiva del castigo parece poner en jaque a la pretensión de justificar la adopción de la práctica de castigo sobre fundamentos consecuencialistas como los que articula la teoría benthamiana.

Hay sin embargo muchos intentos de ofrecer una justificación que pueda dar cuenta de esa dimensión expresiva sin perder la fuerza de convicción característica de los consecuencialismos ni caer en el problema del compromiso con el castigo de inocentes. Entre ellos destaco el de un trabajo temprano de John Rawls,¹⁵ en el que postula una distinción entre las clases de consideraciones que son pertinentes para la evaluación, adopción o modificación de una *práctica* (como el castigo o cualquier otra clase de actividad, ritual, juego o procedimiento que se identifica por la observancia de un sistema de reglas) y aquellas que son relevantes para evaluar acciones particulares que son realizaciones concretas de una práctica. Mientras que para la evaluación de una práctica las consideraciones relevantes son hechos externos a ella (especialmente las consecuencias que su adopción o ejecución provoca), en la evaluación de una acción particular cuyo sentido depende de la observancia de las reglas de una práctica las únicas consideraciones lógicamente pertinentes son internas a la práctica: especialmente, la observancia de sus reglas constitutivas.

Esa distinción explicaría que la justificación de cualquier acción individual de castigar esté restringida a las reglas del derecho penal aplicable (la práctica relevante), mientras que justificamos la adopción de ese derecho penal sobre la base de consideraciones consecuencialistas. La idea de Rawls

¹³ El término “condenación” es el que usa Feinberg en su análisis para referirse a la actitud compleja cuya expresión vehiculiza el castigo. En sus términos: “Si reservamos el término menos dramático ‘resentimiento’ para las varias actitudes vengativas y el término ‘reprobación’ para el juicio fuerte de desaprobación, entonces quizás podamos caracterizar como condenación (o denunciación) a la clase de fusión de resentimiento y desaprobación [que el castigo expresa].” *Ibidem*, p. 100.

¹⁴ En efecto, la condenabilidad o reprochabilidad parece depender de variables tales como, por un lado, la incorrección o ilicitud del comportamiento, evento o estado de cosas en virtud de lo cual se postula la condenación y, por otro, de la responsabilidad moral o atribuibilidad personal de ese comportamiento, evento o estado de cosas a la persona que se condena. Para un análisis de la noción de reprochabilidad, por ejemplo, Ferrante, Marcelo, “Recasting the Problem of Resultant Luck”, *Legal Theory*, vol. 15, núm. 4, , 2009, pp. 267-300, especialmente pp. 272-284.

¹⁵ Rawls, John, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, 1955, pp. 3-32, reimpresso en Foot, Philippa (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 144-170.

es precisamente que tenemos razones consecuencialistas para adoptar una práctica de castigo constituida por reglas de carácter retributivo.

En especial, Rawls conjectura que la distinción que postula libera al consecuencialismo (como teoría de la justificación del castigo) del problema del compromiso con el castigo del inocente. Pues, sostiene, ese compromiso sólo podría darse si hubiera razones consecuencialistas para reemplazar la práctica de castigo, que sólo permite castigar culpables, y adoptar en su lugar una práctica punitiva que incluyera entre sus reglas un permiso (o quizás un deber) para penar a inocentes como si fueran culpables cuando eso produciría un beneficio social neto. Sin embargo, concluye, todo indica que no existen esas razones:

Parece que, en general, cuando uno reduce las características definitorias del castigo termina con una institución cuya justificación utilitarista es altamente dudosa. Una razón para esto es que el castigo funciona como una especie de sistema de precios: alterando los precios que uno tiene que pagar por la realización de acciones él ofrece un motivo para evitar algunas acciones y llevar a cabo otras. Las características definitivas del castigo son esenciales si es que el castigo ha de funcionar de esta manera; pues una institución a la que le falten estas características, como una institución establecida para ‘castigar’ al inocente, seguramente tendrá tanta utilidad como un sistema de precios (si es que puede llamárselo así) en el que los precios de las cosas cambian azarosamente de día a día y uno conoce el precio de algo después de que ha convenido comprarlo.¹⁶

III. RESPONSABILIDAD

La concepción del derecho penal como una práctica esencialmente retributiva abre la puerta al campo más amplio de la filosofía del derecho penal: el de la elucidación de las condiciones generales de la responsabilidad penal. El campo es amplio, pues incorpora el área más general de la filosofía moral referida a la responsabilidad moral. En efecto, la concepción retributiva del derecho penal presupone que la responsabilidad penal implica responsabilidad moral y, por lo tanto, la investigación sobre las condiciones de la responsabilidad penal es en parte la investigación de las condiciones de la responsabilidad moral. Así, el estudio de las condiciones de la responsabilidad penal no se agota en el estudio de las condiciones que el derecho positivo fija para la imposición del castigo penal. Antes bien, el estudio de la responsabilidad penal es en parte el estudio de las condiciones mucho más

¹⁶ *Ibidem*, p. 152.

generales, y en todo caso no determinadas por el derecho positivo, de las que depende la responsabilidad moral: la susceptibilidad a la clase de reacción moral que el castigo expresa.

Más específicamente: concebir al derecho penal como una práctica retributiva implica la idea de que el castigo, cuya imposición el derecho penal regula, es legítimo sólo si quien lo recibe *merece* ser castigado (y lo merece precisamente en la medida en que es castigado). Las condiciones que el derecho fija para la imposición de castigo, entonces, son legítimas si ellas se alinean o reflejan apropiadamente juicios correctos de merecimiento. La noción de merecimiento es ambigua y corresponde aquí resolver esa ambigüedad. Es posible distinguir entre dos conceptos de merecimiento que corresponden a dos usos distintos del término “merecimiento”.¹⁷ En un primer sentido, al que es posible llamar merecimiento en sentido institucional, para decir de alguien *A* que merece algo *X* sólo es necesario conocer las reglas que determinan cómo se distribuye la clase de cosa de la que *X* es un ejemplo y los hechos a los que esas reglas refieren. Por ejemplo, si se trata de la atribución de un premio en una competencia de natación, es posible que *A* merezca el premio porque llegó primero a la meta (si es que eso determina las reglas que rigen esa competencia). Ahora bien, junto a esa noción hay otra, que llamaré merecimiento en sentido no-institucional, en uso de la cual tiene sentido decir de, por ejemplo, *B*, quien no llegó en primer lugar, que a pesar de eso ella mereció ganar, quizá porque entrenó con más esmero, o porque desplegó más o mejores virtudes deportivas durante la competencia, aunque por alguna razón esto no se reflejó en quién llegó primero a la meta, etc. Lo importante aquí es que es este segundo uso de la noción de merecimiento el que está en juego cuando se evalúa críticamente un conjunto de reglas de atribución de, por ejemplo, premios o castigos para preguntarse si ellas asignan el premio o castigo a quien realmente lo merece. La noción de merecimiento a la que se apela en esta clase de evaluación tiene que ser la no-institucional, pues de otro modo la pregunta misma no tendría sentido.

Ahora bien, la pregunta por lo que nos hace merecedores (en ese sentido no-institucional) de formas de trato determinadas, de reacciones de una clase u otra es precisamente la pregunta filosófica por la responsabilidad moral. Pues decir de alguien que merece cierta forma de trato es decir que hay un valor en que él reciba ese trato, que eso es lo adecuado o correcto; y

¹⁷ Kleinig, John, “The Concept of Desert”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, núm. 1, 1971, p. 71.

que si las reglas sociales que administran esa forma de trato no se lo asignan, ellas son en esa medida incorrectas.

¿Qué es ser responsable? ¿Cuáles son las condiciones metafísicas de la responsabilidad? En particular, ¿implica la responsabilidad moral alguna clase de libertad? En ese caso, ¿cuál? ¿Es conceptualmente posible la responsabilidad moral si es verdadera la tesis determinista más fuerte (esto es, si todos los eventos del mundo, incluyendo todo lo que hacemos, está determinado por las leyes que gobiernan el mundo físico)? ¿Qué son las acciones, eso de lo que somos característicamente responsables? Si somos responsables por algunas de nuestras acciones (por cosas, esto es, que *hacemos*), ¿somos igualmente responsables por algunas de las cosas que *omitimos* hacer? En ese caso, ¿en qué condiciones acciones y omisiones son equivalentes? ¿Qué papel juega la causalidad? ¿Cuál es el papel de las creencias y otros estados mentales? Estas y muchas otras preguntas fundamentales de la responsabilidad moral son el objeto del vastísimo campo de la filosofía moral que se convierten en preguntas relevantes de la responsabilidad penal una vez que ésta es concebida en parte en términos retributivistas. Toda la literatura filosófica contemporánea sobre responsabilidad penal hace explícita esa continuidad.¹⁸

En lo que quiero detenerme en esta sección no es en las referencias de quienes hacen explícita esa continuidad entre filosofía moral y teoría de la responsabilidad penal (esto es, los trabajos que se reconocen a sí mismos actualmente como filosofía del derecho penal),¹⁹ sino en el carácter filosófi-

¹⁸ Un ejemplo especialmente notorio es el de Michael Moore, cuya obra se caracteriza fundamentalmente por el establecimiento y la defensa de puentes entre las discusiones de condiciones de la responsabilidad penal y las discusiones filosóficas con las que se corresponden. Sus tres obras principales son reveladoras a este respecto. Como lo sostuve al comentar uno de sus libros (Ferrante, Marcelo, “Review of Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*”, *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 1, 2011, pp. 162-172), en *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, construyó un puente entre la responsabilidad penal y la filosofía de la acción; en Moore, Michael, *op. cit.*, nota 4, con la filosofía moral; y finalmente, en *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, el puente une la responsabilidad penal y la responsabilidad civil por daños, por un lado, con la metafísica de la causalidad, por el otro.

¹⁹ Unos pocos ejemplos más pueden valer como muestra. En general, los trabajos compilados en el clásico Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, o en los más recientes: Shute, Stephen; Gardner, John; y Horder, Jeremy (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993; y Duff, R. A. (ed.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Algunos temas tradicionalmente problemáticos para el derecho penal son también

co de los grandes aportes de los juristas penales característicos de la así llamada dogmática jurídico penal. La idea que quiero subrayar es la de que no hay una diferencia importante en el tipo de empresa académica que emprenden quienes se identifican actualmente como filósofos del derecho penal y aquella que distingue a los grandes juristas penales de la historia. Mi ejemplo, en lo que sigue, será el de Hans Welzel.

El aporte más sobresaliente de Welzel ha sido su concepción “personal o final” del ilícito.²⁰ Este aporte forma parte de una tradición académica que tiene como antecedentes más destacados a Franz *vs.* Liszt y Karl Binding, cuyas obras más importantes son de la década de 1880, y Ernst Beiling, cuyas obras principales aparecieron durante las primeras dos décadas del siglo XX. La concepción personal del ilícito es una mejora al modelo de juicio de responsabilidad desarrollado por esta tradición académica.

De acuerdo con este modelo, la imposición legítima de castigo penal a una persona exige la existencia de un comportamiento ilícito atribuible a esa persona por el cual ella sea genuinamente responsable o culpable. El aporte que caracteriza a la obra de Welzel es la tesis de que el modelo heredado incluye una concepción defectuosa del ilícito, de aquello que es capaz de tornar ilícita una conducta. La concepción heredada, o concepción “causal” del ilícito, es la concepción según la cual lo que hace de una acción una acción ilícita (una acción, esto es, que el agente debe abstenerse de llevar a cabo) es el hecho de que ella causa una lesión o daño a un interés o bien protegido. Welzel, en cambio, sostuvo que eso era falso; o, al menos, que no podía ser toda la verdad. Lo que hace ilícita a una acción no son (sólo o primariamente) sus rasgos causales.

característicos de la filosofía de la responsabilidad penal. Por ejemplo, causalidad: Hart, H. L. A. y Honoré, Tony, *Causation in the Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1985; Wright, Richard W., “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 1001-1077; y, con referencias más recientes, Moore, Michael, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009; y Ferrante, Marcelo, “Causation in Criminal Responsibility”, *New Criminal Law Review*, vol. 11, núm. 3, 2008, pp. 470-497; responsabilidad por tentativas: por ejemplo, Duff, R. A., *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996; y Yaffe, Gideon, *Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 2010; justificación y excusas: por ejemplo, Schopp, Robert. F., *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; y Horder, Jeremy, *Excusing Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²⁰ En especial, Welzel, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtsystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4a ed., Göttingen, O. Schwartz, 1961. Las referencias corresponden a la versión castellana: Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, José, Barcelona, Ariel, 1964; reimpresión: Montevideo, B de F, 2001.

Muy esquemáticamente, su argumento se compone de los siguientes pasos. Una conducta es ilícita si viola una norma de conducta. Más específicamente, una acción es ilícita si viola una prohibición; por ejemplo, la prohibición de matar a otro. Para saber si una acción determinada es ilícita en el sentido de que viola la prohibición de matar a otro es necesario saber qué hace de una acción una acción de matar a otro en el sentido en el que esa descripción figura como objeto de la prohibición en juego.

El primer paso del argumento welzeliano es la observación de que el lenguaje con el que describimos acciones es ambiguo. En efecto, usamos una descripción de una acción como “*A mató a B*” en dos sentidos bien distintos. De acuerdo con un primer sentido, el enunciado sólo refiere a un proceso causal: un evento que involucra a *A* causó que *B* perdiera su vida. Podemos identificar este uso como sentido débil o meramente causal del lenguaje de las acciones.

En contraste con el uso meramente causal, hacemos también un uso distinto del lenguaje de las acciones, un uso en el que el enunciado “*A mató a B*” implica que *A* es una persona, un ser dotado de razón práctica y que el matar a *B* es una manifestación de ese rasgo característico. Cuando está usado de ese modo, el lenguaje de las acciones está usado en sentido personal, final o fuerte.

El segundo paso del argumento es el análisis del uso personal, final o fuerte del lenguaje de las acciones. De acuerdo con el análisis que postula Welzel, lo que autoriza a decir con verdad, por ejemplo, que “*A mató a B*” en el sentido personal o fuerte es el hecho de que el matar a *B* al que la oración refiere exhibe cierto “ejercicio de actividad final” de parte de *A*. En particular, según el análisis de Welzel, un agente *A* mata a *B* en ese sentido si y sólo si (a) lleva a cabo uno o más actos que causan (quizá de cierta manera) la muerte de *B*, y (b) el matar a *B* figura de un modo explícito en el razonamiento práctico de *A* que guía el acto o serie de actos que causan la muerte de *B*. Welzel detecta tres formas de figurar en el razonamiento práctico del agente que puede hacer de su acción una acción en sentido fuerte (o acción final) bajo la descripción relevante. En mi ejemplo, “*A mató a B*” describe una acción en sentido personal si y sólo si en el razonamiento práctico de *A* que guio los actos que causaron la muerte de *B*, “matar a *B*” fue o bien el fin al que *A* apuntaba, o bien el medio que adoptaba para lograr un fin distinto, o bien, por último, un efecto colateral de lo que fuera que *A* creía estar haciendo y que *A* efectivamente previó. Sólo si *A* consideró de alguna de esas tres formas que haciendo lo que fuera que

estaba haciendo mataba o mataría a *B*, es posible decir de él que mató a *B* en el sentido final, personal o fuerte de esta expresión.

El último paso consiste en la elucidación del objeto de una norma de conducta (del “matar a otro”), esto es, tal y como figura en la prohibición de matar a otro (a través de la elucidación de la función de esa norma). En especial, Welzel postula que dado que la función de las normas de conducta es la de intervenir en el razonamiento práctico de los agentes como consideraciones que han de guiar su comportamiento, su objeto debe ser una acción en el sentido fuerte designado en el uso final o personal del lenguaje de las acciones. En sus palabras: “Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del derecho, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino sólo a [procesos deliberativos] que pueden configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final”.²¹

Welzel defiende así su objeción a la concepción causal del ilícito y postula su alternativa, la concepción final del ilícito. Lo que hace ilícita a una acción de, por ejemplo, homicidio no es el sólo hecho de que ella causa la muerte de otra persona (una lesión a un bien jurídicamente protegido). Antes bien, la acción es ilícita si y sólo si viola la prohibición de matar a otro y, para hacerlo, debe ser posible decir del agente que mató a otro en sentido personal, final o fuerte. Para ello debe ser verdad no sólo que mató a la víctima en sentido meramente causal o débil, sino también que al hacerlo el agente, al menos, previó que haciendo lo que creía que estaba haciendo mataría a la víctima. El ilícito depende, en fin, de estados mentales que guían o modulan el comportamiento del agente; en términos de Welzel, de su ejercicio de actividad final.

Con esta reconstrucción del aporte más característico de la obra de Welzel deseo exemplificar el tipo de empresa académica sobre la que versa esta sección: la indagación filosófica de las condiciones de las que depende la responsabilidad penal. La pregunta que Welzel intenta responder con el argumento que he reconstruido no es una pregunta jurídica (una pregunta, esto es, que ha de ser respondida interpretando el derecho). Su pregunta es de naturaleza filosófica: la pregunta por las razones en virtud de las cuales puede postularse que una acción es ilícita. La respuesta a esa pregunta es relevante para el derecho penal si se entiende, como lo hace Welzel y la tradición académica en la que se inserta, que el derecho penal es en parte una práctica retributiva y que entre las condiciones que hacen a alguien

²¹ *Ibidem*, p. 47.

merecedor de castigo está el hecho de que haya actuado de un modo genuinamente ilícito.

IV. CRIMINALIZACIÓN

La gran parte de las reglas que componen los derechos penales consisten en reglas de criminalización: reglas que caracterizan clases de comportamientos y asignan penas a su realización. El tercer campo de la investigación filosófica sobre el derecho penal que quiero destacar aquí está dirigida a la evaluación de esas reglas. Más en particular, la teorización en este campo pretende articular qué clase de razones debe guiar la labor legislativa penal (en particular al criminalizar clases de conductas), razones que, a su vez, han de aparecer también de modo central en la tarea interpretativa. En trazos muy gruesos, es posible distinguir dos grandes líneas de investigación.

La primera de ellas se concentra en los rasgos que ha de observar el proceso de creación o identificación de reglas de criminalización. Esta línea de investigación está estrechamente vinculada con la discusión de filosofía política sobre los límites del uso de la coerción estatal y se concentra, así, en el entendimiento de los principios que han de guiar o restringir el ejercicio del poder punitivo.

La discusión más notoria dentro de esta línea es la que gira alrededor del así llamado principio del daño, y su referente mayor es el filósofo Joel Feinberg.²² El principio del daño, bajo algunas de sus formulaciones, figura de modo central entre los principios de las constituciones democráticas de los siglos XIX y XX. Es habitualmente atribuido a John Stuart Mill sobre la base de este pasaje de *On Liberty*:

Ese principio establece que el único fin por el cual la humanidad tiene fundamento, individual o colectivamente, para interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la auto-protección. El único propósito por el cual se puede ejercer correctamente poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es la evitación de daños para otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es un fundamento suficiente. Él no puede ser correctamente obligado a hacer o

²² Las obras decisivas al respecto son: Feinberg, Joel, *Harm to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1984); *Offense to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1985; *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986; y *Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1988. También los ensayos compilados en Coleman, Jules y Buchanan, Allen (eds.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

dejar de hacer algo porque eso lo hará más feliz, o porque, en la opinión de otros, sería sensato o incluso correcto”.²³

Este principio, de una fuerza intuitiva muy poderosa, da lugar, sin embargo, a una larga lista de preguntas filosóficamente interesantes. Algunas de ellas son conceptuales. Por ejemplo, las vinculadas con el esclarecimiento de la noción relevante de daño. ¿Qué es lo que cuenta como daño en el sentido capturado en el principio? El eslogan de Feinberg es que el daño es un menoscabo de intereses. Ahora, ¿qué cuenta como interés? Por ejemplo, ¿está allí incluido mi interés en que los otros sean de cierta manera? Si el principio del daño es un principio asociado con el reconocimiento del valor de la autonomía individual, la respuesta debería ser negativa. De la misma manera, sólo la idea de interés subjetivo parece ser la pertinente para interpretar el principio; esto es, la idea que refiere a intereses conectados con los deseos que la persona efectivamente tiene, en lugar de la idea de interés objetivo, que alude a la existencia de intereses independientes de los deseos efectivos de la persona. Pues, la idea de interés objetivo luce contraria al valor de la autonomía.

La elucidación de la noción relevante de daño parece sugerir también que no debería haber algo así como daños póstumos, es decir, menoscabos que ocurren cuando la persona ya no existe, como las injurias a un muerto. Sin embargo, esa idea parece forzar la conclusión de que la muerte misma no es un daño. Después de todo, la muerte es el comienzo de la no existencia de una persona: cuando la muerte está, la persona ya no existe; y cuando la persona existe, la muerte no.²⁴

Otras preguntas conceptuales refieren al alcance del principio. La interpretación más estrecha del principio es la que le atribuye un alcance según el cual el principio veda la criminalización de toda acción que no sea ella misma efectivamente dañosa. La interpretación atribuida a Mill, en cambio, es más amplia: ella postula que el principio limita la clase de consideraciones sobre la base de las cuales puede criminalizarse una clase de acción. De acuerdo con esta lectura sólo el objetivo de prevenir daños para personas distintas del autor puede justificar la criminalización de una clase de conducta. Nótese que si esta lectura es la correcta, el principio del daño podría validar la criminalización de clases de acciones que no son ellas mismas dañosas, sino que el daño que la criminalización prevendría es el que se produciría si *no* se criminalizara la conducta. La discusión sobre el

²³ Mill, John Stuart, *On Liberty*, en Gray, John (ed.), *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 14.

²⁴ Feinberg, Joel, *op. cit.*, nota 22, pp. 79-95.

alcance del principio del daño requiere la elucidación del tipo de conexión necesario entre la clase de comportamiento criminalizado y el daño cuya prevención justificaría la criminalización.

Junto a los problemas conceptuales, la discusión del principio del daño gira también alrededor de problemas normativos. Uno de ellos es el del posible carácter exhaustivo del principio. El derecho penal comparado muestra que se toleran masivamente muchas reglas de criminalización que no cumplen con el principio del daño. Para poner sólo algunos ejemplos: criminalización del duelo, la asistencia al suicidio, el chantaje, las exhibiciones obscenas, la tenencia y la comercialización de estupefacientes, etc. ¿Son compatibles los fundamentos liberales del principio del daño con otros principios que justifiquen la criminalización de esos comportamientos? Si la respuesta es negativa, y si debemos mantener un compromiso con algo así como un principio del daño, entonces los derechos penales que conocemos deberían ser masivamente reformados.²⁵

Otro de los problemas normativos habitualmente discutidos en la filosofía del derecho penal es el del estatus normativo del principio del daño. La teorización sobre la criminalización de clases de comportamientos busca en parte dar respuesta a la pregunta por la existencia de razones para criminalizar. Es de esperar que un principio que pretende guiar la labor de criminalización identifique esas razones y contribuya a determinar su peso relativo en comparación con otras razones que apuntan en sentido opuesto. El principio del daño, sin embargo, no parece servir a esa función.

Michael Moore, por ejemplo, defiende un argumento según el cual lo que llamamos principio del daño bien puede ser una regla práctica para esgrimir frente a legisladores ansiosos por hacer uso de la coerción punitiva para respaldar normas legales, pero lo cierto es que él no articula un principio genuino para fundamentar la labor de criminalización. El daño a otros no brinda una razón suficiente para criminalizar, sostiene. Si los homicidios, lesiones, y otras clases de conductas dañosas normalmente criminalizadas son legítimamente criminalizables en virtud de los daños que esas acciones producen o pueden producir, eso parecería implicar la tesis falsa de que toda acción capaz de producir los daños que los homicidios, las lesiones, etc. producen son igualmente criminalizables. La tesis es falsa, según este argumento, porque no hallamos razones para criminalizar acciones dañosas que no son moralmente indebidas, desde el matar a otro

²⁵ Por ejemplo, Husak, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

en un caso de defensa necesaria, a la producción de un daño patrimonial en una situación de competencia. La tesis de Moore es que tenemos razones para criminalizar las acciones dañinas porque, y en la medida en que, tenemos obligaciones morales de no producir (y a veces también de prevenir) esos daños. Son esas obligaciones morales las que nos dan razones para criminalizar.

El partidario del principio del daño o bien debe negar esa tesis, en cuyo caso se vería comprometido a hallar razones para criminalizar cualquier acción dañina, aun las moralmente adecuadas, o bien debe aceptarla y defender el principio del daño como una “restricción lateral”.²⁶ Como esta última maniobra parece muy difícil de justificar, si no es directamente *ad hoc*,²⁷ el argumento de Moore deja el sabor desagradable de la aparente pérdida de un principio tan emblemático del derecho penal moderno.

Moore conjectura, sin embargo, que el encontrar razones para criminalizar en la incorrección moral de una conducta no debería llevar a un derecho penal distinto de aquel que resulta de la observancia de un principio liberal como el principio del daño. Las razones que respaldan esa conjectura tocan los siguientes tres puntos filosóficamente interesantes. El primero refiere a la visión de la moral crítica. En efecto, si la reflexión moral lleva a una visión de la moral según la cual los deberes morales más claros y fuertes son los vinculados con la producción y evitación de daños para otras personas, entonces se explica la conjectura de Moore: “Es precisamente porque nuestras obligaciones morales más obvias y más fuertes están vinculadas con los daños serios para otras personas, que el principio del daño de Mill tiene el atractivo intuitivo que en efecto tiene”.²⁸

El segundo punto refiere a nuestra epistemología moral, y en especial al grado de certidumbre sobre los deberes morales que nos obligan. Moore postula que, fuera de unos pocos deberes morales especialmente relacionados con daños para otros, la incertidumbre sobre qué deberes morales nos obligan es la regla. Una epistemología moral sensata implica que el conocimiento moral es, al menos, falsable de algún modo y, por lo tanto, normalmente tentativo. Eso exige resolver cuál es el impacto de la incertidumbre sobre un deber moral en el juicio acerca de la legitimidad de la criminalización de su infracción. El reconocimiento del valor de la autonomía personal sugiere la hipótesis de que la “duda moral” niega la existencia de una razón para criminalizar.

²⁶ Moore, Michael, “A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing”, *op. cit.*, nota 4, pp. 639-665.

²⁷ *Ibidem*, pp. 659-660.

²⁸ *Ibidem*, p. 662.

El tercer punto consiste en la estimación del peso de las razones para criminalizar que una teoría de este tipo reconoce. La pregunta decisiva es cómo compiten esas razones con las razones contrarias derivadas, en especial, de los costos sociales de la criminalización: los costos propios de la puesta en funcionamiento del derecho penal que ponemos en marcha cuando aprobamos una ley penal: policía, tribunales, funcionarios, y otros costos derivados, como la probabilidad de castigar a inocentes, o de interferir en la vida de las personas en general, el establecimiento de “tarifas criminales”, o la anulación de efectos de “disuasión marginal”, entre muchísimas otras consecuencias empíricas de las que dan cuenta la sociología y la economía del derecho penal.

Muy en general, una respuesta a esta cuestión debe partir de la idea de que el valor que realiza el castigo (por ejemplo, la realización de una justicia retributiva) es variable. Una hipótesis convincente sugiere que ese valor es función de la importancia del deber cuya violación se castiga, de modo que cuanto menor importancia tenga el deber, menor será el valor del castigo y, por lo tanto, más probable será que los costos asociados con la criminalización lo derroten en peso, con la consecuencia de que la criminalización no estaría justificada.²⁹

La segunda línea de investigación que quiero destacar en esta sección es la que dirige su atención principalmente a la caracterización y entendimiento de clases de comportamientos criminalizados o criminalizables. Gran parte de esta empresa gira alrededor de la evaluación de reglas de criminalización reales o posibles con el fin de establecer si ellas capturan adecuadamente una categoría genuina de incorrección moral o una clase de comportamiento de otro modo legítimamente criminalizable.³⁰

Esta línea de investigación presupone que las reglas de criminalización no son constitutivas de ilicitud, en el sentido de la ilicitud que justifica la condenación penal, sino que capturan, o pretenden o deben capturar, clases de comportamientos que son ilícitos con independencia de la regla de criminalización. De allí que tenga sentido preguntarse por si la definición

²⁹ Husak, sin embargo, disputa que un argumento como el de Moore pueda llegar a esas conclusiones: Husak, Douglas, *op. cit.*, nota 25, pp. 196-206.

³⁰ Por ejemplo, los ensayos compilados en Duff, R. A. y Green, Stuart (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005; también los trabajos de Green, Stuart sobre delitos contra la propiedad: Green, Stuart, *13 Ways to Steal a Bicycle. Theft Law in the Information Age*, Cambridge, Harvard University Press, 2012; y delitos “de cuello blanco”: Green, Stuart, *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

que contiene una regla de derecho existente captura con exactitud una clase de comportamiento ilícito.

En gran medida, esta línea de investigación no es sino una aplicación particular de la filosofía moral dirigida a caracterizar categorías discretas de incorrección o ilicitud moral. Como en el caso de la investigación sobre las condiciones de la responsabilidad, hay aquí continuidad entre la investigación filosófica más general y la relacionada con el derecho penal; de modo que cualquier ensayo filosófico dirigido a elucidar una clase de comportamiento moralmente indebido es directamente pertinente para quien se pregunta por la adopción, modificación o interpretación de la regla de criminalización correspondiente.

Ahora bien, capturar categorías morales en reglas en general, y en particular en reglas jurídicas, genera algunos problemas que reclaman respuestas filosóficamente atractivas.³¹ Uno de los problemas más notorios es el de la “sobre-inclusión” de la regla legal, cuyo lenguaje designa casos que son sin embargo ajenos a la ilicitud moral que la regla pretende capturar. La respuesta retributivista ortodoxa a estos casos (por ejemplo, la respuesta de Welzel, plasmada en el así llamado argumento de la “adecuación social”³²) postula que la coincidencia formal con la definición legal de una regla de criminalización no es suficiente para postular de una acción que ella es ilícita en el sentido que justifica la imposición de una codena penal: la acción debe ser genuinamente ilícita (“socialmente inadecuada” en el lenguaje del argumento welzeliano de la adecuación social); esto es, debe caer dentro de la categoría moral que la regla pretende (imperfectamente) capturar.

La idea de que las reglas de criminalización deben capturar categorías de ilícitos morales (o su equivalente: clases de acciones socialmente inadecuadas) es descriptivamente deficiente. Los derechos penales positivos están plagados de reglas de criminalización claramente distintas. Piénsese en las reglas que criminalizan el lavado de dinero, o la tenencia de materiales en violación de las regulaciones aplicables, entre tantos otros. En la literatura es habitual el referirse al contraste entre las reglas del primer tipo y las del segundo tipo como el contraste entre la definición de delitos *mala in se* y la de delitos *mala prohibita*.³³ Un delito (en el sentido de una clase de conducta criminalizada) es *malum prohibitum* cuando la conducta prohibida no es incorrecta con independencia del derecho o con anterioridad a sus disposicio-

³¹ En general, por ejemplo, Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham, Duke University Press, 2001.

³² Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 20, pp. 84-89.

³³ Por ejemplo, Husak, Douglas, *op. cit.*, nota 25, pp. 103-119.

nes. El ejemplo puro que elige Douglas Husak es el de una ley federal de los Estados Unidos de Norteamérica que proscribe el lavado de dinero: esta regla impone prisión de hasta diez años a quienes llevaran a cabo una transacción monetaria de fondos mayores a cierta cifra de dinero sabiendo que provienen de una de las formas de actividad ilegal especificada por la ley. “Esta ofensa no es *malum in se*; si bien es obviamente incorrecto sacar provecho de la actividad ilegal, es difícil de ver por qué una persona que sólo deposita su ganancia en un banco comete un *segundo* ilícito que es anterior e independiente del derecho”.³⁴

Los delitos *mala prohibita* son un problema para quien conciba el derecho penal de modo que entre sus condiciones de legitimidad figura la restricción de que la conducta por la cual imponemos castigo debe ser una conducta moralmente ilícita. Todo retributivista, sea fuerte (como Moore) o débil (como Husak), tiene este problema; toda concepción de la legitimidad del derecho penal que incluya entre sus premisas una premisa retributiva (esto es, la responsabilidad penal requiere reprochabilidad moral) tiene este problema.

Una pregunta interesante es la de si al cometer un delito *malum prohibitum* uno hace algo incorrecto en el sentido relevante para la premisa retributiva. Pero como por definición las conductas que son capturadas por delitos *mala prohibita* no son incorrectas con independencia del derecho, parece que no puede ser que sea legítimo imponer pena por esas conductas: al no hacer algo incorrecto con independencia de la regla de derecho que establece la pena, ¿cómo puede ser que seamos reprochables con independencia de esa regla?

No parece haber una respuesta general que se aplique a todos los delitos *mala prohibita*; los intentos de respuesta se han concentrado en grupos específicos de casos, como los de delitos que criminalizan la violación de reglas de coordinación, como las que determinan de qué lado de una calzada de doble mano se debe conducir, o los de reglas que capturan de un modo más o menos artificial o estipulativo un comportamiento que, por lo demás, es genuinamente *malum in se*, como la violación impropia, o la conducción de automóviles con más de cierto nivel de alcohol en sangre.³⁵

³⁴ *Ibidem*, p. 105.

³⁵ Por ejemplo, Duff, R. A., “Crime, Prohibition, and Punishment”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, núm. 2, 2002, pp. 97-108. También Green, Stuart, “Why It’s a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses”, *Emory Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1997, pp. 1533-1615, quien revisa delitos

V. PROCESO

Para terminar, quiero sólo mencionar un área de la investigación filosófica sobre el derecho penal que ha tenido muy escaso desarrollo en comparación con el que tienen las anteriores: la investigación sobre el proceso penal. En este terreno, la investigación de carácter filosófico se ha concentrado especialmente en la indagación de los fundamentos de algunos derechos fundamentales relacionados con los procedimientos penales. Un buen ejemplo reside en la búsqueda de un fundamento último para el derecho a no ser obligado a prestar declaración contra uno mismo: parece singularmente difícil hallar una base sobre la que pueda apoyarse un derecho con la precisa extensión que se le brinda en la jurisprudencia constitucional comparada.³⁶

Dentro de las investigaciones más recientes se destaca la dirigida a evaluar los estándares de prueba extremadamente exigentes que caracterizan al proceso penal. Los trabajos de epistemología aplicada al derecho procesal penal del filósofo de la ciencia Larry Laudan han sido pioneros³⁷ (véase, EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA, y FILOSOFÍA Y DERECHO PROCESAL).

VI. CONCLUSIÓN

Mi objetivo en este trabajo fue exponer algunos de los temas más relevantes que se discutieron y que aún se discuten en la investigación filosófica referida al derecho penal. En particular, me concentré en el castigo, la responsabilidad y la criminalización, para terminar diciendo unas pocas palabras

regulatorios como los de venta de sustancias fuera de los horarios establecidos para hacerlo, o comportamientos en violación de las condiciones de licencia. En general, sobre todos estos argumentos, Husak, Douglas, *op. cit.*, nota 25, quien ofrece un argumento para dudar en general de que los delitos *mala prohibita* puedan ser legítimamente criminalizados.

³⁶ Por ejemplo, Gerstein, Robert S., "Privacy and Self-Incrimination", *Ethics*, vol. 80, núm. 2, 1970, pp. 87-101; Greenawalt, R. Kent, "Silence as a Moral and Constitutional Right", *William & Mary Law Review*, vol. 23, núm. 1, 1981, p. 15; Dolinko, David, "Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination", *UCLA Law Review*, vol. 33, núm. 4, 1986, pp. 1122-1137; Alschuler, Albert W., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective", *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 8, 1996, pp. 2625-2672; Helmolz, R. H., *The Privilege against Self-Incrimination. Its Origins and Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, pp. 181-204.

³⁷ La obra principal en este campo es Laudan, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

sobre el proceso. La idea es que estos párrafos sirvan de orientación para quien se está iniciando en el estudio del derecho penal y tiene, a su vez, inquietudes filosóficas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham, Duke University Press, 2001.
- ALSCHULER, Albert W., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective", *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 8, 1996.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996.
- BERMAN, Mitchell N., "Punishment and Justification", *Ethics*, vol. 118, núm 2, 2008.
- COLEMAN, Jules y BUCHANAN, Allen (eds.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- DEIGH, John y DOLINKO, David (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DOLINKO, David, "Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination", *UCLA Law Review*, vol. 33, núm. 4, 1986.
- DUFF, R. A. (ed.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- DUFF, R. A. y GREEN, Stuart (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- DUFF, R. A. y GREEN, Stuart P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DUFF, R. A., "Crime, Prohibition, and Punishment", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, núm. 2, 2002.
- _____, *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- _____, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- FEINBERG, Joel, "The Expressive Function of Punishment", en *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- _____, *Harm to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- _____, *Offense to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1985.
- _____, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

- _____, *Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- FERRANTE, Marcelo, “Causation in Criminal Responsibility”, *New Criminal Law Review*, vol. 11, núm. 3, 2008.
- _____, “Deterrence and Crime Results”, *New Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 1, 2007.
- _____, “Recasting the Problem of Resultant Luck”, *Legal Theory*, vol. 15, núm. 4, 2009.
- _____, “Review of Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*”, *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 1, 2011.
- GERSTEIN, Robert S., “Privacy and Self-Incrimination”, *Ethics*, vol. 80, núm. 2, 1970.
- GREEN, Stuart, “Why It’s a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses”, *Emory Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1997.
- _____, *13 Ways to Steal a Bicycle. Theft Law in the Information Age*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- _____, *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GREENAWALT, R. Kent, “Silence as a Moral and Constitutional Right”, *William & Mary Law Review*, vol. 23, núm. 1, 1981.
- HAMPTON, Jean y MURPHY, Jeff, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- HART, H. L. A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1985.
- HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- HELMOLZ, R. H., *The Privilege against Self-Incrimination. Its Origins and Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.
- HORDER, Jeremy, *Excusing Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- KAHAN, Dan M., “Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence”, *Michigan Law Review*, vol. 95, 1997.
- KATZ, Leo, “Criminal Law”, en Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996.
- KLEINIG, John, “The Concept of Desert”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, núm. 1, 1971.
- LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

- MILL, John Stuart, *On Liberty*, en Gray, John (ed.), *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- MOORE, Michael, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- _____, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics* Oxford, Oxford University Press, 2009.
- _____, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- PRIMORATZ, Igor, “Punishment as Language”, *Philosophy*, vol. 64, núm. 248, 1989.
- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, 1955, reimpresso en Foot, Philippa (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1967.
- ROBINSON, Paul H. y DARLEY, John M., “Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 2, 2004.
- ROBINSON, Paul H.; GARVEY, Stephen P.; y FERZAN, Kimberly Kessler (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCHOPP, Robert. F., *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- SHUTE, Stephen; GARDNER, John; y HORDER, Jeremy (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4a ed., Göttingen, O. Schwartz, 1961 (versión castellana: Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, José, Barcelona, Ariel, 1964; reimpresión: Montevideo, B de F, 2001).
- WRIGHT, Richard W., “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988.
- YAFFE, Gideon, *Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 2010.