

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 178-206

Traducciones

LA PRESUNCIÓN DE CASTIGO. UNA REVISIÓN CRÍTICA DE SUS ORÍGENES EN EL PENSAMIENTO DE LA MODERNIDAD TEMPRANA

Prof. Dra. Rocío LORCA**

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2018
Fecha de aprobación: 28 de diciembre de 2018

Resumen

La discusión acerca del castigo ha estado restringida por la presunción de que los delitos han de castigarse. Esta presunción no consiste en la idea de que es moralmente necesario castigar delitos, sino más bien en la idea de que el castigo, en vez de ser una creación puramente convencional, ocurre como una respuesta natural a las infracciones normativas. Como consecuencia de esta presunción, los desafíos de justificación del castigo han sido reducidos a las cuestiones de su propósito, oportunidad y forma, y se ha dejado desatendida la cuestión de la autoridad de una determinada comunidad política para imponer esta forma de trato a un determinado individuo. A fin de presentar y criticar esta presunción, el artículo rastrea sus orígenes a través de un repaso del debate sobre la naturaleza del castigo que tuvo lugar en el origen de la filosofía política liberal. Tras evaluar los principales argumentos de este debate, el artículo concluye en que las teorías liberales del castigo deberían abandonar esta presunción.

Palabras clave: Filosofía del Derecho Penal – Castigo – Teoría Política

Title: The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins

** Profesora Asistente, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Quisiera agradecer por sus valiosos comentarios en versiones anteriores de este artículo a Liam MURPHY, Antony DUFF, Jeremy WALDRON, Moshe HALBERTAL, Moran YAHAV, Emily KIDD WHITE, Hillary NYE, David BARKER, Karin LOEVY, los candidatos y estudiantes del programa de doctorado de la Universidad de Nueva York, y a los editores de la revista *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Publicado originalmente en inglés como "The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins", en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 29, n.º 2, agosto de 2016, pp. 385-402.

Abstract

Our conversations about punishment have been constrained by the presumption that crimes ought to be punished. This presumption does not entail that crimes must be punished, but rather that punishment occurs as a natural response to wrongdoing instead of as a conventional creation. As a consequence, the challenges for punishment's justification have been reduced to the problems of purpose, opportunity and form, leaving unaddressed the question of the authority of a certain polity to impose this form of treatment on a given individual. In order to present and criticize this presumption, the article traces its origins by revisiting the debate about the nature of punishment that took place during the emergence of liberal political philosophy. After evaluating the main arguments of this debate the article concludes by arguing that liberal theories of punishment should give up this presumption.

Keywords: Philosophy of Criminal Law – Punishment – Political Theory

I. Introducción

La discusión acerca del castigo ha estado restringida por la presunción de que los delitos han de castigarse. Esta presunción no consiste en la idea de que es moralmente necesario castigar delitos, sino más bien en la de que el castigo ocurre como una respuesta natural a las infracciones normativas y no como una práctica meramente convencional y contingente. A pesar de que a muchos nos perturba la práctica de castigar, parecemos estar convencidos de que mantener el orden social requiere que estemos dispuestos a castigar las conductas que frustran nuestras expectativas normativas más fundamentales.¹

Situándose en el contexto que crea esta presunción, la filosofía del castigo ha limitado su espacio de investigación a los problemas de las finalidades permisibles del castigo, así como sus técnicas y oportunidades apropiadas, y ha dejado de lado la pregunta acerca de la fuente de la autoridad del Estado para poner en marcha esta práctica y ejercer este tipo de poder particular sobre un individuo.² Las teorías del castigo no han dedicado demasiado tiempo a la cuestión sobre

¹ Lamentablemente, sin embargo, las prácticas penales actuales no solo se dedican a responder frente a estas expectativas normativas más fundamentales, sino que incorporan una serie de conductas que tienen baja o escasa importancia social. En este sentido, véase HUSAK, *Overcriminalization*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

² Esto es lo que ANSCOMBE definió como la segunda parte de la justificación de la pena, esto es, la pregunta de quién tiene autoridad para castigar a otra persona en particular, ANSCOMBE, "On the Source of the Authority of the State", en RAZ (ed.), *Authority*, Nueva York, NYU Press, 1990, p. 163. Una destacada excepción a esta tendencia es la obra de DUFF,

la autoridad, porque bajo la presunción de que el castigo es el corolario natural del delito y no una práctica puramente artificial, el Estado no aparece como el autor de la práctica, sino como su administrador. Si acaso ha de haber un autor, este no ha de ser sino el infractor. O como dijera GROCIO, dado que el castigo es la consecuencia natural del crimen, es el criminal el que se ha auto-inferido el castigo.³

En este artículo rastrearé los orígenes de esta presunción en la filosofía liberal y cuestionaré su validez. A estos efectos, voy a repasar el debate sobre la naturaleza del castigo que tuvo lugar en los orígenes de la filosofía política liberal. He escogido este debate porque, en el contexto del liberalismo, fue aquí cuando la cuestión acerca del origen de la autoridad para castigar quedó aparentemente zanjada y dio origen a la presunción de castigo. En particular, voy a considerar el trabajo de algunos filósofos de los siglos XVI y XVII, tales como VITORIA, HOBBS, GROCIO, LOCKE y PUFENDORF, todos quienes dedicaron parte importante de su trabajo a la pregunta sobre la naturaleza y origen del poder de castigar. Comenzaré por describir en mayor detalle aquello que he denominado “la presunción de castigo.” A continuación, presentaré y evaluaré los principales argumentos del debate recién referido y concluiré el artículo con una exposición de algunas razones de por qué las teorías liberales del derecho penal deberían abandonar esta presunción.

II. El contenido de la presunción de castigo

El punto de partida de la filosofía política liberal es lo que RAZ ha llamado una presunción de libertad conforme a la cual los individuos somos igualmente libres de tal modo que nadie tiene un privilegio natural para ejercer poder sobre otro.⁴ Esta presunción gatilla una sospecha sobre el poder político que tiene como objetivo custodiar la integridad del individuo mediante una distribución de las cargas de justificación: todo ejercicio de poder que se imprime sobre otro no es

véase p. ej.: *Punishment, Communication, and Community*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; “I Might Be Guilty, but You Can’t Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 245-259; “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, en *Ratio*, vol. 21, n.º 2, 2010, pp. 123-140.

³ GROTIUS, *The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and of Nations*, MW Dunne, 1901, p. 222.

⁴ Para una revisión crítica de esta idea, véase RAZ, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1988, pp. 8-12.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

prima facie permisible y debe ser justificado.⁵ Con eso en mente, permítaseme estipular la siguiente definición de castigo: sea que tenga como objetivo servir un fin prospectivo o no, el castigo siempre consiste en la imposición deliberada de un mal que es consecuencia de una infracción realizada por un sujeto.⁶ Como tal, el castigo siempre implica un ejercicio de poder sobre otro, tanto físico como normativo, de modo que si estamos de acuerdo con la presunción de libertad, toda imposición de castigo ha de ser considerada no permisible hasta tanto no se encuentre apropiadamente justificada.

Una justificación apropiada del castigo, por su parte, debería requerir una explicación de dos cuestiones: primero, la adecuación del castigo como respuesta a una determinada infracción y, segundo, la legitimación normativa de un sujeto para interactuar de este modo con otro.⁷

La mayoría de las teorías de la pena, sin embargo, no ven las cosas de este modo y limitan el desafío de justificación de las penas al primero de estos asuntos, esto es, a la cuestión sobre si el castigo es apropiado como respuesta a una determinada infracción. Esta limitación es una consecuencia de la presunción de castigo. En el contexto que es creado por esta presunción, la segunda parte del desafío de justificación no surge, esto es, la pregunta acerca de qué legitima a alguien a castigar a otro. Esta pregunta no surge porque, de acuerdo con la presunción, es la infracción es sí misma la que da origen a la práctica de castigar y no la facultad convencional de alguien de establecerla e imponerla. Como consecuencia, en este marco conceptual, lo que necesita ser justificado no es la existencia de la práctica del castigo y la legitimación para imponerlo, sino las formas y oportunidades en que dicha práctica es ejercida. De ahí que la pregunta sobre la titularidad del poder penal por parte del Estado se haya reducido a la pregunta

⁵ HOBBS, *Leviathan*, Indianapolis, Hackett, 1994, cap. XIII; LOCKE, *Second Treatise of Government*, Indianapolis, Hackett, 1980, cap. II; RAZ, *supra* nota 4, pp. 12-14; ANSCOMBE, *supra* nota 2, pp. 146-47; FEINBERG, *Social Philosophy*, Upper Saddle River, Prentice-Hall, 1973, pp. 20-22.

⁶ MACCORMICK / GARLAND, "Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish", en ASHWORTH / WASKI (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, Clarendon Press, 1998. La definición de pena de GROCIO es bastante similar, de modo que no debería ser un problema trasladar sus apreciaciones a nuestra discusión en torno al castigo. Según GROCIO, "[p]unishment taken in its most general meaning signifies the pain of suffering, which is inflicted for evil actions" ("la pena, en su sentido más general, significa la carga del sufrimiento que es impuesta por realizar acciones malas"), GROCIO, *supra* nota 3, p. 221.

⁷ ANSCOMBE, *supra* nota 2, p. 163.

más modesta de por qué *solamente* el Estado, y no otros individuos, pueden castigar. Esta pregunta puede ser fácilmente respondida en términos de utilidad o necesidad política.⁸

Bajo la presunción de castigo, la existencia de estándares de lo bueno y lo malo, de lo correcto y lo incorrecto, implica la existencia de castigo porque es precisamente la posibilidad del castigo lo que confirma la normatividad social.⁹ De ahí que mientras existan crímenes ha de haber castigos y mientras comprendamos a los individuos como titulares de derechos subjetivos muy valiosos, la violación grave de dichos derechos debe gatillar la posibilidad del castigo en la medida en que exista un sujeto a quien pueda reprochársele dicha afectación.¹⁰ En consecuencia, la decisión de si establecer o no la práctica del castigo no depende de una opción de los agentes políticos, sino que nuestro espacio de acción reside en determinar nuestras normas de comportamiento recíproco, e identificar las oportunidades apropiadas del castigo así como sus formas y medidas. De nuevo, como no hemos creado el castigo, no tenemos que gastar demasiado tiempo explicando qué es lo que nos legitima para participar de esta práctica.¹¹

Dado que este punto de vista sobre el castigo constituye una presunción, se puede encontrar alguna prueba de su existencia pero se carece de un debate contemporáneo explícito sobre su plausibilidad. En efecto, la presunción se hace claramente visible precisamente por el hecho de que la segunda parte del desafío de justificación del castigo, esto es, la cuestión de la legitimación política, no es una preocupación para la gran mayoría de las teorías de la pena. Si no viviéramos

⁸ En el primer sentido, véase HAREL, “Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case against Privately Inflicted Sanctions”, en *Legal Theory*, vol. 14, n.º 2, 2008, pp. 113-133. En relación con la idea del castigo como una manera en la que el Estado se constituye a sí mismo, véase WEBER, “The Profession and Vocation of Politics” en LASSMAN / SPEIRS (eds.), *Weber: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 309. FOUCAULT, *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction* (trad. Robert HURLEY), Nueva York, Vintage, 1990, pp. 133-45.

⁹ Por supuesto, habrá desacuerdo sobre qué constituye una infracción relevante, pero podemos encontrar maneras satisfactorias de lidiar con dicho desacuerdo. Véase WALDRON, *Law and Disagreement*, Nueva York, Clarendon Press Oxford, 1999, cap. 8.

¹⁰ El principal recurso teórico para determinar si la pena es apropiada sería, en consecuencia, una teoría o un principio de criminalización. Véase HUSAK, *supra* nota 1.

¹¹ Esto se erige en contraste con otras áreas de gobierno. En el caso del derecho tributario, p. ej., es claro que la regulación es una convención política y, en cuanto tal, la existencia misma de la práctica de tributar ha sido puesta en cuestión y no solo las reglas sustantivas de un esquema tributario en particular. Por otra parte, se ha sostenido que el derecho penal es menos demandante en términos de legitimidad en la medida en que la mayoría de los deberes que impone son vinculantes con independencia del arreglo político, es decir, son deberes pre-políticos. Véase, en este sentido, SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1981, pp. 195-201; COPP, “The Idea of a Legitimate State”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 28, n.º 1, 1999, pp. 3-45.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

bajo dicha presunción, este desafío sería un asunto primordial en todas las reflexiones en torno a la legitimidad del derecho penal.

A pesar de esto, es posible encontrar una formulación algo más explícita de la presunción de castigo en algunas concepciones contemporáneas de la idea de impunidad, que la han entendido como un déficit político y moral.¹² De acuerdo con estas perspectivas, no es solo la imposición de una pena lo que requiere de justificación, sino también la falta de imposición.¹³ Aquí, el poder penal es entendido como un deber o una deuda del Estado o a veces de la comunidad internacional, en vez de como una modalidad o técnica puramente contingente de gobierno. En otras palabras, el castigo es comprendido como una demanda trascendental de la justicia. Incluso para académicos comprometidos con una aproximación crítica al derecho penal, es inconcebible que el castigo no se encuentre disponible como una respuesta a las infracciones más serias y no controvertidas. Entonces, para la mayoría de dichos autores, los problemas sociales que están casi siempre presentes en nuestros sistemas penales no despiertan un problema filosófico específico, sino que más bien ponen en evidencia el carácter trágico del castigo, o la urgencia de implementar políticas que atiendan dichos problemas sociales.¹⁴

En suma, el castigo ha sido naturalizado al punto de que lo vemos como parte de cómo las cosas son, en vez de comprenderlo como algo que hemos creado haciendo uso de nuestra imaginación, así como de nuestras inclinaciones y capacidades físicas y tecnológicas.¹⁵ Esta comprensión del castigo modifica el principio de justificación al que da origen la presunción de libertad, pues el castigo es visto como una instancia de poder político solo en la medida en que es

¹² Un ejemplo destacado de la fuerza de la retórica de la impunidad puede encontrarse en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, "Doctrines Regarding the Fight against Impunity and the Victim's Right for the Perpetrator to Be Punished", en *Pace Law Review*, vol. 28, n.º 4, 2007, pp. 865-884.

¹⁴ Incluso DUFF sostendría que cuando se trata de delitos *mala in se* no controvertidos, podríamos tener permiso para castigar sin perjuicio de la injusticia social y política a que haya sido sometido el infractor por parte de la comunidad política. Véase DUFF, "Legitimacy of the Criminal Trial", *supra* nota 2, p. 136; DUFF, "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me", *supra* nota 2, p. 259; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, *supra* nota 2, cap. 5. En relación con la naturaleza trágica del castigo, véase GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, cap. 12.

¹⁵ Véase O'DONOVAN, *The Ways of Judgment*, Cambridge: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2005, p. 113. Hay otras explicaciones para este giro hacia una comprensión del castigo como algo por lo que la comunidad no es responsable. P. ej., ALLEN ha sostenido que este cambio en nuestra comprensión del castigo habría sido resultado de que la rabia ya no es considerada un asunto de la comunidad política. ALLEN, "Democratic Dis-Ease: Of Anger and the Troubling Nature of Punishment", en BANDES (ed.), *The Passions of Law*, Nueva York, NYU Press, 1999, p. 205.

ejercido por agentes políticos y no como algo que dichos agentes crean de manera deliberada y quizás innecesaria. De esto se sigue que lo que debemos justificar no es la legitimación del Estado para establecer la práctica, sino la manera en la que la administra y las finalidades que persigue. Entonces surge la pregunta de si acaso hay buenas razones para seguir atados a esta presunción como si fuera cierta. Pero ¿cómo empezar una discusión sobre las razones que fundan esta presunción cuando ha sido tan efectiva que ni siquiera la hemos notado?

Es difícil encontrar argumentos sobre un problema que no ha sido considerado como un problema, de modo tal que lo que me propongo hacer a continuación es revisar los argumentos sobre la naturaleza del castigo que fueron usados cuando esto sí era considerado un problema filosófico importante en nuestra tradición de pensamiento. Invocando la retórica de GROCIO de nuevo, “¿Por dónde empezar, sino por el mismísimo principio?”¹⁶

III. El debate sobre el castigo en la modernidad temprana

Probablemente la noción contemporánea de que a los delitos ha de seguirles un castigo, surgió de la idea de que los individuos tienen un derecho natural a castigar, una idea que fue afinada en la modernidad temprana. En efecto, la defensa más explícita de una visión naturalizada del castigo en el pensamiento occidental puede encontrarse en discursos fundacionales del liberalismo, como la teoría de los derechos naturales desarrollada tanto por GROCIO como por LOCKE. Básicamente ambos filósofos sostuvieron que el poder de castigar confirmaba la existencia misma de los derechos individuales y, dado que los derechos individuales eran vistos como parte de las posesiones pre-políticas de los individuos, también el derecho a castigar debía ser un derecho pre-político.¹⁷

Es cierto que la idea misma de derechos individuales venía evolucionando desde mucho antes que el siglo XVI, pero en la modernidad temprana, esto es, durante los siglos XVI y XVII, hubo un giro particular en la manera de comprender estos derechos que fue determinado precisamente por la idea del castigo.¹⁸ En breve, este fue un momento de transición hacia una visión moderna

¹⁶ GROTIUS, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Indianapolis, Liberty Fund, 2006, p. 19.

¹⁷ Para un análisis general de este debate, véase TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

¹⁸ TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Grand Rapids, Wm B Eerdmans, 1997, pp. 45, 88–89, 342; TUCK, *supra* nota 17, pp. 81, 170-71.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

del individuo en que lo más determinante no fue la idea de que los individuos tienen derechos pre-políticos, sino la imagen de un individuo poderoso cuyos derechos traían consigo el permiso para castigar sus violaciones más serias.¹⁹ Fue este poder de castigar lo que configuró la prioridad de los derechos por sobre los deberes y así consolidó un discurso sobre el ser humano que la filosofía moderna presentaba como un giro casi revolucionario frente a la visión medieval del individuo, la que entendía al sujeto como un ser teleológico y esencialmente gobernado por deberes.²⁰ Estas discusiones contienen argumentos explícitos sobre el castigo como una característica necesaria de la moralidad antes que como una creación humana artificial, de modo que ha de ser aquí donde fueron concebidas las razones actuales para reputar como cierta la presunción de castigo.

Por supuesto que las circunstancias históricas y geopolíticas de los siglos XVI y XVII facilitaron el surgimiento de esta nueva imagen del individuo y su conexión con el poder de castigar.²¹ El debate, de hecho, tuvo lugar en el contexto de un amplio proceso de colonización que varios Estados europeos estaban llevando adelante, así como de una amenaza permanente de guerra que fue consecuencia del nuevo orden político europeo en el que la Iglesia Católica ya no podía jugar un rol unificador.²² La presunción de castigo apareció como una solución normativa a ciertos problemas a que dieron lugar estas circunstancias. En primer lugar, la creencia en un derecho natural para castigar proporcionó una justificación para la colonización europea y el uso de mecanismos violentos para el aseguramiento de nuevas rutas de comercio.²³ Esto fue así porque los europeos de aquella época pensaron que tenían derecho a castigar las violaciones del derecho natural que según ellos eran cometidas por personas sobre quienes carecían de autoridad civil, como los habitantes del Nuevo Mundo. Este supuesto derecho natural de castigar infractores del orden moral natural fue traducido en un título de guerra justa y en un permiso para colonizar.²⁴

¹⁹ Y aun cuando esta perspectiva estaba destinada al olvido, hacia el final del siglo XIX, recuperó influencia luego de la Segunda Guerra Mundial. Véase TIERNEY, *supra* nota 18, p. 345.

²⁰ TIERNEY, *supra* nota 18, p. 333.

²¹ Para una versión más completa sobre esto, véase TUCK, *supra* nota 17.

²² Europa entonces estaba organizada en varias comunidades políticas que todavía no encontraban un lenguaje normativo común que los pudiera ayudar a resolver sus conflictos sin tener que recurrir a la guerra o a la fuerza bruta. TIERNEY, *supra* nota 18, pp. 288-89, 345.

²³ Un análisis completo de este debate puede encontrarse en TUCK, *supra* nota 17.

²⁴ Véase GROTIUS, *supra* nota 16, pp. 372-78; VITORIA, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 272-75.

Adicionalmente, la necesidad de encontrar un lenguaje normativo común para fortalecer la posibilidad de la paz entre las naciones europeas también pudo ser un factor para esta nueva visión sobre el individuo, dado que esta descansaba en argumentos seculares que hacían innecesarias las explicaciones religiosas que se habían vuelto tan controvertidas desde la Reforma Protestante y la Contra Reforma de la Iglesia Católica.²⁵ La retirada de la religión como un espacio en que se podían encontrar respuestas universales habilitó un tránsito desde la idea de deberes y hacia la idea de derechos, así como también el surgimiento de una noción de individuo como la fuente de todo poder político, pues estas nociones podían ser universalizadas a pesar de las distintas preferencias religiosas. En suma, era en las cualidades morales naturales de los individuos donde residía el origen de todo poder y no en su pertenencia a una determinada comunidad.²⁶

El contexto histórico de este giro filosófico, por supuesto, no dice nada concluyente sobre la plausibilidad de la idea de que los individuos tienen un derecho natural a castigar, pero es útil para no perder de vista que esta idea fue concebida en el contexto de una discusión sobre autoridad política. Esencialmente, es una idea que fue usada para disolver un supuesto problema de legitimación que habría afectado a los europeos en el uso de la fuerza en contra de otras comunidades. Esto, por supuesto, también tuvo un impacto en la manera en que el poder político y el poder penal se comprendían en el nivel interno. Consideremos entonces los términos de esta discusión.

El debate sobre el derecho natural a castigar puede ser presentado a través de dos posturas opuestas. Un lado del debate estaba conformado por quienes entendían al castigo como un acto de poder político que siempre requería una relación de autoridad para ser permisible. P. ej., el filósofo escolástico VITORIA sostuvo explícitamente que el poder temporal de castigar requiere de jurisdicción civil, esto es, de una relación de subordinación política entre las partes involucradas. VITORIA desarrolló este punto de vista mientras discutía si acaso la colonización europea podía ser justificada como una forma de castigo de los pecados cometidos por los colonizados.²⁷ De acuerdo con VITORIA, los europeos no tenían legitimación para castigar aquellos sobre quienes no tenían una relación de autoridad civil, de modo tal que no podían castigar a los pecadores del Nuevo

²⁵ SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p.7; PLAMENATZ, *Man and Society*, Vol. 1, City: Longmans, Green, 1963, p. 58; TUCK, *supra* nota 17, p. 85.

²⁶ TIERNEY, *supra* nota 18, p. 52.

²⁷ VITORIA, *supra* nota 24, caps. XII–XIV.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

Mundo, ni siquiera bajo la autoridad del Papa, porque el Papa tampoco tenía poder para castigar a quienes no se encontraban bajo su jurisdicción.²⁸ En suma, dado que para VITORIA el castigo está esencialmente ligado a la existencia de una relación de autoridad política justificada, las instancias de fuerza que eran empleadas fuera de este tipo de relación debían ser o bien actos de hostilidad o bien instancias de un derecho a defenderse.²⁹

El lado opuesto del debate lo constituían quienes sostenían que el castigo era un atributo natural de los seres humanos y, como tal, no había necesidad de una relación de autoridad para que el castigo fuera permisible. El poder de castigar originalmente poseído por cada individuo era visto, en efecto, como la fuente principal del poder político. Como veremos, este punto de vista aparece representado con mucha claridad en el trabajo de GROCIO y de LOCKE. GROCIO abiertamente objetaba la postura de VITORIA y defendía un derecho natural a castigar que tenía ciertas características que lo volvían adecuado para justificar el comportamiento internacional de los holandeses, el que por cierto involucraba aspectos muy problemáticos de cara a los principios de la época que regulaban las relaciones internacionales.³⁰ De acuerdo con GROCIO, un título justo para declarar la guerra a otros eran sus infracciones a la ley natural, incluso cuando estas no hubieran causado perjuicio alguno a quienes les declaraban la guerra. Esto era así porque para GROCIO el derecho a declarar la guerra y atacar a otra nación podía ser entendido como una instancia del derecho natural a castigar infracciones de la ley natural. En tanto derecho natural, el ejercicio de un castigo no exigía ninguna estructura institucional en particular.³¹

La defensa sustantiva de un derecho natural a castigar, de acuerdo con la formulación de GROCIO y LOCKE, descansaba en tres argumentos: 1) la autoridad política es superflua en el sentido de que todos sus poderes legítimos debían haber pertenecido a los individuos en un primer momento y, en consecuencia, si el Estado puede castigar, entonces los individuos han de haber tenido esta capacidad previamente, 2) si no existiera un derecho natural a castigar, los gobiernos

²⁸ Según VITORIA, los poderes temporales del Papa solo pueden ejercerse sobre aquellos que se han sometido a la fe, de modo tal que el Papa carece de poder sobre los no creyentes, VITORIA, *supra* nota 24, pp. 258–264.

²⁹ HOBBS, *supra* nota 5, caps. XXVIII; PUFENDORF, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 158–162.

³⁰ Básicamente, el problema surgió por el hecho de que los holandeses estaban: 1) llevando adelante una guerra ofensiva para promover sus intereses comerciales sin un título o justificación reconocible; y 2) llevando adelante una guerra sin una estructura o autoridad política reconocible. TUCK, *supra* nota 17, p. 81; GROTIUS, *supra* nota 3, caps. XX, XL.

³¹ TUCK, *supra* nota 17, pp. 85, 103; GROTIUS, *supra* nota 3, caps. XX, XL; GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137.

no estarían moralmente autorizados para castigar a extranjeros que cometen delitos en su territorio y 3) el derecho natural debe ser eficaz para ser derecho en un sentido genuino y esto implica que debe incorporar el poder de castigar las infracciones en su contra. La presunción de castigo expresa el triunfo de este lado del debate, de modo tal que, a efectos de ponerla en cuestión, a continuación revisaré cada uno de estos tres argumentos.

a. El carácter superfluo de la autoridad política

Tanto GROCIO como LOCKE sostuvieron que todos los poderes de un gobierno civil debían proceder de los individuos porque la autoridad política resulta de un acuerdo entre los gobernados y las personas, que solo pueden transferir derechos que poseen. Siguiendo con el argumento, dado que las autoridades políticas castigan, los individuos tienen que haber tenido un poder de castigar previo a la constitución de la sociedad civil.³² De acuerdo con esta aproximación, la autoridad política es superflua en el sentido de que los oficiales públicos no pueden poseer más derechos que aquellos que hubieran sido previamente poseídos por cada individuo particular de la comunidad política.³³ Como consecuencia, la estructura política representa sencillamente una re-ubicación de derechos y no da origen a nuevas realidades normativas. De ahí que podamos aprender sobre las capacidades naturales de los individuos si observamos lo que hacen las instituciones políticas.³⁴

Por supuesto que es discutible que toda teoría de la sociedad civil según la cual el poder del Estado está constituido por el consentimiento de los gobernados, deba también adherir a la idea de que las instituciones son normativamente superfluas en el sentido de que todas sus capacidades y estándares normativos han de haber sido parte de una moralidad pre-política. En efecto existen teorías consensuales del Estado bastante plausibles que no adhieren a este punto de vista y que de hecho sostienen que el poder de castigar solo puede surgir en el contexto de una sociedad política ya constituida. Las teorías de HOBBS y PUFENDORF son dos buenos ejemplos. Ambos sostienen que la constitución de una sociedad civil provee las condiciones sobre las cuales pueden surgir ciertos poderes, como el poder de castigar. De modo que aun cuando ambos filósofos comprendían al poder político como un poder que se originaba en las características pre-políticas

³² GROTIUS, *supra* nota 16 en Prolegomena, 136-37; TUCK, *supra* nota 17, p. 85.

³³ SIMMONS, “Locke and the Right to Punish”, en COHEN et al (eds.), *Punishment: A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 221.

³⁴ TUCK, *supra* nota 17, p. 85.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

de los seres humanos, esto no implicaba para ellos que las capacidades específicas de las autoridades políticas debieran ser las mismas que las capacidades pre-políticas de los individuos. En este sentido, PUFENDORF sostuvo que el derecho a castigar requiere de una relación de autoridad que está ausente antes del pacto civil, pues antes del pacto civil estamos en un estado de perfecta igualdad natural.³⁵

Para HOBBS, la constitución del poder soberano proveía la condición básica de seguridad y confianza que hacía posible el surgimiento de ciertos estándares y expectativas normativas, de modo tal que para él el castigo ejecutado fuera de una relación política solo podía ser una instancia de hostilidad.³⁶ Esto podría parecer contradecir la propia visión de HOBBS sobre el castigo en cuanto señala que la fuente del poder de castigar del soberano reside en su propio derecho natural a hacer todo lo necesario para su auto-preservación.³⁷ Sin embargo, de acuerdo con HOBBS, en un contexto carente de confianza sobre el comportamiento de los demás, el derecho básico que tenemos de hacer todo lo que estimemos necesario para protegernos a nosotros mismos no nos da ningún tipo de reclamo moral sobre los demás. Es precisamente la institución del soberano la que transforma este derecho básico de auto-preservación en una práctica de justicia, en vez de un acto de hostilidad.³⁸ En palabras del propio HOBBS:

³⁵ En sus propias palabras, “it is impossible to conceive how [...punishment] already existed in a state of nature where no man is subject to another”, PUFENDORF, *Of the Law of Nature and Nations* (trad. CH / WA OLDFATHER), Oxford, Oxford University Press, 1934, p. 1160. A su entender, no habría nada problemático en la idea de que un poder que se origina en una transferencia pueda ser diferente de lo transferido. Él sostiene que tal como la mezcla de entidades materiales puede dar lugar a sustancias completamente nuevas, del mismo modo entidades morales pueden dar origen a entidades que pueden reducirse a sus partes (p. 249).

³⁶ De acuerdo con HOBBS, p. ej., no puede haber un derecho a castigar en el estado de naturaleza. Esto es así porque los derechos y deberes morales solo pueden surgir bajo la existencia de una autoridad que sea capaz de proveer suficiente seguridad respecto del comportamiento recíproco de los seres humanos. En consecuencia, un derecho a castigar solo puede surgir una vez que se haya establecido a un soberano capaz de proveer dicha seguridad, mientras esto no haya ocurrido un aparente castigo solo puede representar un acto de hostilidad y no el ejercicio de un derecho. HOBBS, *supra* nota 5, caps. XIII y XIV. Véanse en este sentido las restricciones conceptuales a la idea de castigo que HOBBS formula en el capítulo XXVIII de *Leviathan*. Todas estas restricciones parten de la premisa de que la pena solo puede ser ejercida por una autoridad pública. No se trata aquí de la estipulación de *definitional stops*, en el sentido propuesto por HART, sino consecuencias lógicas de la premisa de que no puede haber un derecho a castigar en un estado de naturaleza. Véase HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en HART (ed.), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1968, p. 5.

³⁷ HOBBS, *supra* nota 5, cap. XXVIII.

³⁸ Agradezco a Jeremy WALDRON por llamar mi atención acerca de la necesidad de hacer esta aclaración.

En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales.³⁹

Una comprensión superflua de la autoridad política no parece entonces ser por lo menos un requisito analítico de toda teoría consensual o contractual sobre el Estado que apele a ser plausible. En efecto, es posible sostener que una comprensión superflua de la autoridad política es de hecho inconsistente con los mismísimos principios liberales que fundan las teorías contractuales del Estado, en la medida que una presunción de libertad debería exigir que ciertos derechos y deberes solo puedan surgir en el contexto de ciertos arreglos institucionales.⁴⁰ Pero más allá del valor filosófico de la idea de que la autoridad política es superflua, existe una pregunta anterior que vale la pena preguntar: ¿por qué habría de importarnos?

Asumamos por un momento que GROCIO y LOCKE están en lo correcto, en el sentido de que si el soberano puede castigar entonces los individuos deben haber poseído este poder con anterioridad y, de esta manera, la presunción de castigo ha de ser cierta. Para arribar a esta última conclusión, sin embargo, deberíamos primero sostener que los Estados pueden de hecho castigar. En otras palabras, GROCIO y LOCKE parecen partir de la premisa de que los Estados pueden castigar y, como consecuencia, esta capacidad ha de venir de la misma fuente que todas sus capacidades, esto es, del individuo. De esto se seguiría que los individuos deben tener un poder natural para castigar. Pero del hecho de que los Estados castiguen no se sigue nada respecto de la permisibilidad de la práctica, de modo que tampoco se sigue nada respecto de la naturaleza del poder de castigar. Incluso si fuera cierto que la autoridad política debe obtener cada uno de sus poderes de los atributos naturales de los individuos, si no contamos con una razón independiente para suponer que los Estados tienen permiso para castigar, el argumento no nos da razón alguna

³⁹ HOBBS, *Leviatán*, 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, 1980, cap. XIII, p. 104.

⁴⁰ Algunas preguntas básicas del liberalismo nos deberían hacer dudar de que el castigo es posible en un mundo de iguales que carece de una organización política legítima que permita determinar de manera vinculante los límites entre lo permitido y lo no permitido, adjudicar conflictos y aplicar los resultados de dichos procesos de adjudicación. LOCKE era consciente de estos problemas y es precisamente esto lo que gatilla su teoría política y su declaración en favor de la constitución de un gobierno civil como un remedio para estos problemas. Sin embargo, el reconocimiento que LOCKE hace de estos problemas no le impidió afirmar que, mientras no exista un soberano, todos los individuos tienen un *derecho* natural para castigar, a pesar de todos los problemas que esto pudiera implicar. LOCKE, *supra* nota 5, pp. 12-13.

para creer que los individuos tenían este poder antes de ingresar en el pacto civil. Proceder en modo contrario es derivar un deber de una cuestión de hecho.⁴¹ Si la presunción de castigo ha de mantenerse debe ser por otra razón.

b. Castigar a extranjeros

Tanto GROCIO como LOCKE sostuvieron que sin un derecho natural para castigar no habría fundamento para castigar a extranjeros que cometen delitos en el territorio de un determinado Estado y, sin embargo, hacemos esto todo el tiempo.⁴² Ambos pensaron que no había otra explicación disponible para esta instancia de castigo, porque dado que el consentimiento era la única fuente reconocible de autoridad política, y dado que no habría un acuerdo de esta naturaleza entre un extranjero y el Estado que lo castiga, el castigo ha de estar fundado en el derecho natural. En palabras del propio LOCKE,

“[S]i no fuera porque, en virtud de la ley de naturaleza, cada hombre tiene el poder de castigar las ofensas que se cometen contra ella, según lo que serenamente juzgue que es el castigo oportuno en cada caso, no veo cómo los magistrados de una comunidad podrían castigar a un ciudadano extranjero, nacido en otro país; pues en lo que a un ciudadano así se refiere, los magistrados no tienen más poder que el que, de manera natural, cada hombre puede tener sobre otro hombre”.⁴³

Tal como en el caso de la visión superflua de la autoridad política, esta también es una práctica basada en un argumento que sufre de la falacia normativa de derivar un deber de un juicio de hecho, pero en vez de descartar el argumento por consideraciones metodológicas, consideremos si acaso hay un punto más profundo que debemos atender.

⁴¹ Véase en este sentido la crítica que ROUSSEAU formula en contra de la metodología filosófica de GROCIO. ROUSSEAU, *The Basic Political Writings* (trad. Donald A. CRESS), Indianapolis, Hackett, 1987.

⁴² LOCKE, *supra* nota 5, p. 47; GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137. Es sorprendente cuán similares son sus argumentos y, aun así, no es claro que hayan tenido la oportunidad de leer sus trabajos. En relación con la posibilidad de que este sea un caso genuino de convergencia intelectual, véase TUCK, *supra* nota 17, p. 82.

⁴³ Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 15. Véase también a GROCIO: “[T]he state inflicts punishment for wrongs against itself, not only upon its own subjects but also upon foreigners; yet it derives no power over the latter from civil law, which is binding upon citizens only because they have given their consent; and therefore, the law of nature, or law of nations, is the source from which the state receives the power in question. (...) For the cause of punishments is a natural cause, whereas the state is the result, not of natural disposition, but of an agreement”, GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137.

El problema de castigar a extranjeros que cometen delitos en el territorio de un Estado que pretende aplicar su ley penal sobre ellos, puede dividirse en dos partes. Primero está la pregunta de si acaso los extranjeros tienen alguna relación política con el Estado que visitan de modo tal que este pudiera tener autoridad para castigarlos. Y luego, si consideramos que no existe tal relación política, surge la pregunta de si acaso el hecho de que en todo caso las leyes penales suelen aplicarse sobre ellos da una razón para pensar que los individuos tienen un derecho natural a castigar. Analizaré ambos puntos en orden.

La respuesta a la pregunta de si acaso hay una relación de autoridad política entre un Estado y un extranjero de modo tal que el primero tenga autoridad para castigar al segundo, depende tanto de la teoría de autoridad política que uno favorezca, como del estatus específico que posea el extranjero en cuestión. Discurrir en torno a las teorías de autoridad política y aplicarla a los distintos estatus migratorios que pueda poseer una persona excede los límites de este artículo.⁴⁴ De modo tal que lo que haré es concentrarme en la visión de GROCIO y LOCKE sobre este punto a efectos de comprender de la mejor manera posible su argumento sobre la naturaleza del poder de castigar.⁴⁵

Como veremos, es sorprendente que ambos filósofos pensaran que era imposible fundar la autoridad del soberano para castigar delitos cometidos por extranjeros en su territorio, pues las teorías políticas contractualistas como las de GROCIO y LOCKE tienen buenos recursos para aseverar precisamente lo contrario.⁴⁶ En efecto, es posible sostener que mediante el ingreso voluntario en el territorio de un determinado Estado, los extranjeros tácitamente consienten respetar sus reglas y dado que tanto GROCIO como LOCKE pensaban que el consentimiento tácito

⁴⁴ Véase en general DUFF, “Responsibility, Citizenship and Criminal Law”, en DUFF / GREEN (eds.), *The Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 125; ZEDNER, “*Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment*”, en FRANKO AAS / BOSWORTH (eds.), *The Borders of Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 40.

⁴⁵ Por supuesto que la distinción entre un extranjero y un ciudadano no puede trazarse de manera demasiado sencilla. Existen muchas categorías legales bastante complicadas que definen diferentes tipos de relación en que un individuo puede encontrarse frente a un determinado Estado, p. ej., uno puede ser un turista, un extranjero con permiso de trabajo, un representante de otro Estado, un residente permanente extranjero, etc., y estos diferentes estatutos implicarán distintas expectativas y deberes con el Estado en cuestión. Para seguir adelante con el argumento central de este artículo, voy a esquivar esta complejidad y me concentraré en el caso de huéspedes que van pasando por un territorio y no tienen una especial relación de subordinación con el Estado anfitrión, pues este parece ser el caso que LOCKE y GROCIO tenían en mente.

⁴⁶ LOCKE, *supra* nota 5, pp. 10-11; GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

era fundamento suficiente para la autoridad política de un Estado, no es claro por qué habrían considerado problemático el caso de castigar a extranjeros.⁴⁷

Incluso si uno no está de acuerdo con la capacidad del consentimiento de fundar la autoridad política sobre un ciudadano regular, esta parece una teoría algo más plausible en el caso específico de la autoridad del Estado para castigar a un extranjero. Para la mayoría de los ciudadanos, el consentimiento no es una fuente muy prometedora para afirmar la legitimación de un Estado para gobernarlos, pues los ciudadanos en general tienen pocas chances de decidir si acaso formar parte o no del contrato social. En su caso, el consentimiento tácito tendría que ser derivado del mero hecho de “vivir bajo el dominio” de un determinado soberano, pero como HUME lo sostuvo, la circunstancia de vivir bajo el dominio de alguien vuelve implausible la idea de consentimiento tácito como fuente de autoridad:

Un consentimiento implícito de tal naturaleza solo podría tener lugar cuando un hombre imagina que el asunto depende de su voluntad. Pero cuando el hombre piensa (como lo hacen todos los que nacen bajo gobiernos ya establecidos) que por su solo nacimiento él debe lealtad a cierto príncipe o a cierta forma de gobierno, sería absurdo inferir un consentimiento o una opción a la que el hombre expresamente renuncia, en estos casos.

¿Podemos seriamente decir que un campesino pobre o un artesano tienen libertad de opción para abandonar su país, cuando no conocen lenguaje extranjero alguno o costumbres, y viven al día con los pequeños salarios que obtienen de su trabajo? Si así fuera, podríamos entonces decir que un hombre, por permanecer en un barco, libremente consiente a someterse al dominio del capitán, aun si hubiera sido llevado a bordo mientras dormía y si para dejar el navío debería lanzarse al océano y morir.⁴⁸

Podría ser, sin embargo, que a diferencia de lo que ocurre con un ciudadano regular, el consentimiento tácito pudiera ser suficiente para fundar la relación de autoridad más frágil y transitoria que existe entre un extranjero y el Estado anfitrión. Esta relación difiere radicalmente de la relación política indeterminada y amplia que tiene lugar entre un individuo y las instituciones que gobiernan su vida regularmente. De modo tal que, en contra de lo que pensaron GROCIO y

⁴⁷ SIMMONS, *supra* nota 33, p. 236.

⁴⁸ HUME, *Moral Philosophy*, Indianapolis, Hackett, 2006, p. 367. Traducción libre de la autora.

LORCA (2019) “La presunción de castigo. Una revisión crítica...” pp. 178-206

LOCKE, parece que sería precisamente en el caso de los extranjeros en donde las teorías consensuales de la autoridad del Estado funcionarían mejor. Para ponerlo, de nuevo, en palabras de HUME:

“El más genuino caso de consentimiento tácito que puede ser observado, es cuando un extranjero se instala en otro país, y conociendo a su gobierno y sus leyes sabe que deberá someterse a estas. Sin embargo, tenemos menos expectativas de lealtad, que la de un ciudadano regular, a pesar de que la del primero es más voluntaria que la del segundo”.⁴⁹

Pero recuérdese que el argumento tiene dos partes. Primero, la falta de autoridad entre un soberano y un forastero y, segundo, la cuestión de si acaso el hecho de castigar a extranjeros da una razón para sostener que los individuos tienen un derecho natural a castigar. Sabemos que en el contexto de las teorías contractualistas de la autoridad política, no es tan claro que el Estado carezca de autoridad para castigar extranjeros, pero para evaluar la segunda parte del argumento supongamos que GROCIO y LOCKE estaban en lo cierto, en el sentido de que no hay relación de autoridad entre un Estado y un forastero, ¿debería esto decirnos algo sobre la naturaleza del poder de castigar?

De acuerdo con GROCIO y LOCKE, la ausencia de una relación de autoridad muestra que los individuos tienen un derecho natural a castigar delitos, pues de otro modo sería imposible entender sobre qué base las comunidades políticas castigan a extranjeros. Pero de nuevo, para que este argumento funcione, ellos todavía tienen que mostrar que el Estado puede, de hecho, castigar a extranjeros. Y en este caso ni siquiera una apelación a la práctica nos puede ayudar demasiado a reforzar este argumento, pues nuestras prácticas legales expresan una cierta ambivalencia frente a la posibilidad de castigar a extranjeros mediante, p. ej., las instituciones de deportación y la excusa del error de prohibición. De modo tal que más allá de que el problema de la legitimación para castigar extranjeros pueda ser nada más que un problema ilusorio para teorías contractualistas como la de GROCIO y LOCKE, en cualquier caso la mayoría de nuestros sistemas legales sí han expresado dudas frente a la posibilidad de castigar extranjeros. Si hubiera buenas razones para creer en un derecho natural para castigar, sería de esperar que esta ambivalencia no hubiera surgido.

⁴⁹ HUME, *supra* nota 48, p. 368. Traducción libre de la autora.

c. La eficacia de los derechos

Finalmente, se sostuvo que el derecho natural y los derechos individuales deben incorporar un derecho para castigar sus infracciones más serias, pues sin este poder de castigar los derechos naturales serían nada más que creaciones intelectuales vacías y superfluas sin una eficacia o significado relevante. Como consecuencia, negar la existencia de un derecho natural a castigar equivaldría a negar la existencia de derechos individuales pre-políticos, entendidos como posesiones morales a partir de las cuales podemos valorar y criticar nuestras instituciones.⁵⁰

Tanto GROCIO como LOCKE sostuvieron que el derecho natural debe ser ejecutable para ser un derecho genuino y, por esta razón, el poder de castigar debe estar disponible para el titular del derecho como mecanismo de ejecución.⁵¹ De acuerdo con LOCKE, p. ej., los seres humanos, en tanto criaturas de Dios, están obligados a respetar la ley natural y preservar la humanidad, lo que implica que antes del establecimiento de instituciones políticas, la capacidad de ejecutar esta ley es igualmente poseída por todos y cada uno de nosotros.⁵² Este deber general de preservar la especie humana mediante la ejecución de la ley natural se materializa a través de dos derechos: el derecho a castigar y el derecho de la víctima a exigir reparación.⁵³ De aquí surge, en consecuencia, la fuente de legitimación del poder penal del Estado: si el castigo no estuviera disponible como mecanismo de ejecución de la ley natural, entonces esta no podría ser reconocida como un sistema normativo genuino y relevante, ni tampoco podríamos mantener la visión del individuo promovida por la filosofía de la modernidad temprana.⁵⁴

Traducido en un lenguaje más contemporáneo, el argumento consiste en que los derechos pre-políticos de los individuos deben ser ejecutables mediante el castigo si pretendemos que sean el tipo de entidad que valoramos tan encarecidamente como límites y fines de la acción política. Desde este punto de vista, el castigo legal aparece como la expresión institucional de un elemento natural de nuestra moralidad que tiene como objetivo proteger la integridad del individuo. La

⁵⁰ En términos de LOCKE, negar la capacidad de hacer ejecutar la ley natural mediante una pena implicaría negar la existencia misma de la ley natural. LOCKE, *supra* nota 5, pp. 9-10.

⁵¹ LOCKE, *supra* nota 5, pp. 9-10; GROTIUS, *supra* nota 16 en Prolegomena, pp. 21, 27, 30-32. Para un análisis clarificador de la manera en que este argumento aparece en GROCIO, véase TUCK, *supra* nota 17, pp. 84-86.

⁵² LOCKE, *supra* nota 5, cap. II.

⁵³ LOCKE, *supra* nota 5, p. 11.

⁵⁴ LOCKE, *supra* nota 5, pp. 13-14; GROTIUS, *supra* nota 16, pp. 21-31.

cuestión de la autoridad para castigar entonces no es un asunto primordial para su permisibilidad, como sí lo es la necesidad de que los derechos sean ejecutables mediante una respuesta coactiva frente a sus lesiones y limitaciones ilegítimas.

Pero, ¿qué tan plausible es esta idea? Según una visión liberal de los individuos, estos son poseedores de una serie de cualidades morales que llamamos derechos y que constituyen una de sus pertenencias más valiosas. Una expresión del valor que tienen estas posesiones es nuestra convicción de que el mundo ha de ser organizado de una manera tal que dichos derechos sean protegidos y promovidos. ¿Se sigue de lo anterior que estos derechos deben venir con un poder de castigar? ¿Serían estos derechos entidades vacuas y carentes de significado si su infracción no dotara del poder de responder mediante un castigo? En lo que queda de esta sección sostendré que la respuesta a estas preguntas reside en la diferencia que existe entre la fuerza defensiva y la fuerza punitiva. Una vez que nos situamos en el contexto de esta distinción, la presunción de libertad debería implicar que los derechos individuales pre-políticos no necesitan de un derecho a castigar sus infracciones para poder ser el tipo de atributo moral que esperamos que sean.

Recuérdese que más arriba estipulé una definición de castigo como imposición deliberada de un mal que es consecuencia de un comportamiento no permisible y que no tiene como finalidad restituir a la víctima a la posición en que se encontraba antes de la comisión del delito.⁵⁵ En consecuencia, el castigo no es un ejercicio de fuerza primariamente dirigido a proteger los derechos de una persona frente a una agresión específica, sino, ante todo, una respuesta a una agresión o infracción que ya ha tenido lugar. Desde el punto de la protección de los derechos que se ven afectados por la comisión de un crimen, el castigo siempre llega tarde. En contraste, la fuerza defensiva mira siempre hacia el futuro, en el sentido de que tiene como fin prevenir la ocurrencia de la violación de un derecho y como consecuencia es inmediatamente gatillada por una amenaza o peligro y no necesariamente por una conducta que ya haya producido un daño.

Por supuesto que uno puede trazar un continuo entre castigo y defensa como mecanismos que tienen como fin la protección de la integridad de valores morales. En efecto, una de las racionalidades más populares para el castigo es la prevención mediante la disuasión o la incapacitación, de modo tal que una distinción entre ambas formas de fuerza puede ser a veces

⁵⁵ MACCORMICK / GARLAND, *supra* nota 6.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

difícil de fijar.⁵⁶ Sin embargo, el hecho de que estas prácticas converjan en sus objetivos no las vuelve equivalentes en tanto modos de interacción humana y, en consecuencia, pueden ser gobernadas por diferentes estándares normativos. P. ej., uno puede bajar de peso siguiendo un plan de alimentación o bien haciendo ejercicio, o ambos al mismo tiempo, pero se trata claramente de tipos de acciones diferentes cuya adecuada ejecución se encuentra sujeta a principios y reglas también diferentes. Del mismo modo, uno puede sostener que tanto el permiso legal para la legítima defensa como la pena del delito de homicidio son maneras de proteger el derecho individual a la vida, pero en tanto modos de interacción son muy diferentes y generan distintos desafíos normativos.⁵⁷

En tanto modo de interacción, el castigo o las penas no pueden ser completamente explicados como instancias de defensa o protección, porque representan una respuesta a algo que ya tuvo lugar. En efecto, para quienes niegan la existencia de un derecho natural a castigar, es precisamente el aspecto no-defensivo del castigo lo que gatilla el requisito de autoridad política.⁵⁸

⁵⁶ Agradezco a Jeremy WALDRON por llevar mi atención a este asunto y sugerir que clarificara esta distinción. El castigo puede prevenir futuros crímenes de diversas maneras. Puede hacerlo mediante la disuasión por intimidación, mediante la rehabilitación, la incapacitación, la educación moral, etc. En este sentido, el castigo puede ser un mecanismo de defensa, pero aunque esto sea cierto, el castigo seguirá siendo al mismo tiempo algo más que una pura defensa, porque por definición siempre ocurrirá como respuesta a una infracción ya ocurrida y es esto último lo que lo distingue frente a otras formas de defensa y coerción. Un derecho natural para defenderse no puede ser fundamento suficiente para un derecho a castigar, porque en tanto forma de interacción, un castigo siempre es moralmente distinto a una pura defensa en la medida que siempre implica además una respuesta a una infracción que ya tuvo lugar, y es precisamente el castigo en tanto forma de interacción lo que está siendo analizado en este artículo.

⁵⁷ Considérese que, en la mayoría de los sistemas legales, históricamente la auto-defensa ha sido reputada permisible mientras que las penas privadas no lo son. El castigo y la auto-defensa son ciertamente diferentes, el castigo no es una respuesta necesaria para proteger un cierto interés o derecho pues el daño ya ha sido causado. La lógica de la prevención por intimidación no es completamente una lógica pura de defensa, pues esta es una respuesta inmediata y necesaria destinada a prevenir un daño, en el sentido de evitar que este ocurra. Es cierto que ha habido algunos intentos por comprender el castigo estatal como una instancia de defensa social; véase en este sentido MONTAGUE, *Punishment as Social-Defense*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1995. Desafortunadamente no tengo aquí ni el tiempo ni el espacio para dar una justa consideración a estas teorías, pero sí puedo decir que parece poco convincente sostener que las sociedades tienen derechos propios. Más bien estas son construcciones convencionales creadas para proteger y expandir los derechos de los individuos que las integran; cualquier intento de proveer a las sociedades con atributos morales propios de los individuos pone en riesgo esta función y nos coloca en un camino bastante peligroso para la vigencia de los derechos individuales.

⁵⁸ Bajo el razonamiento de VITORIA, p. ej., esta diferencia entre el poder de defenderse y el poder de castigar aparece con mucha claridad en la medida en que para él solo el uso de fuerza defensiva es un atributo moral de los individuos, esto es, solo este tipo de fuerza es permisible fuera de una relación política. VITORIA, *supra* nota 24, pp. 287-88. PUFENDORF también diferenció entre el derecho a castigar y el derecho a auto-preservarse como distintas formas de respuesta frente a una ofensa. Para él, el castigo no estaba disponible en un momento pre-político, mientras que la fuerza defensiva sí lo

Pero más allá de sus opiniones, desde un punto de vista analítico, la cuestión que quiero sostener es que la efectividad o ejecutabilidad de un derecho no *depende* de la posibilidad de castigar sus infracciones. Uno puede imaginar formas alternativas a través de las cuales es posible reconocer la importancia de los derechos, y esto implica que el argumento para defender el castigo como mecanismo de ejecución de nuestros derechos individuales ha de ser un argumento que justifique una opción y no una necesidad. Si esto es correcto, si la fuerza necesaria para dotar de sentido la idea de derecho no necesita ser la coacción que es propia del castigo, entonces lo estrictamente necesario puede ser simplemente la fuerza directa que se requiere para asegurar la vigencia de un derecho frente a una agresión inminente o actual.⁵⁹ En consecuencia, si uno aplica la distinción entre la fuerza ofensiva propia del castigo y la fuerza defensiva, uno podría sostener que la preocupación por la eficacia en tanto condición de existencia de un derecho puede ser suficientemente respondida mediante la dotación de un permiso general para proteger nuestros derechos mediante la fuerza, sin que debamos concedernos además un poder para castigar.

Para volver a nuestra pregunta sobre si acaso tiene sentido hablar de derechos individuales sin que estos conlleven un poder para castigar sus infracciones, imaginemos por un momento que los derechos conllevan un permiso para hacer uso de la fuerza a efectos de asegurarlos o protegerlos frente a agresiones actuales o inminentes, pero no para castigar sus infracciones. ¿Serían los derechos individuales una idea vana o vacía? ¿La posesión de derechos sería en vano aun a pesar de que esta otorga una autorización a los individuos para hacer uso de la fuerza contra sus iguales? Al

estaba. En efecto, PUFENDORF sostuvo que lo máximo que los individuos podrían hacer en un estado pre-político era la retaliación inmediata frente a una ofensa, lo que surge de un derecho a la auto-preservación y no de un derecho a castigar. PUFENDORF, *supra* nota 35, en libro VIII, cap. 3. Según PUFENDORF, para que la fuerza ofensiva implícita en el castigo pueda constituir una instancia de pena y no de hostilidad debía existir una relación de autoridad que está ausente en el estado de perfecta igualdad entre individuos que caracteriza la condición pre-política de los seres humanos. PUFENDORF, *supra* nota 35, en libro VIII, cap. 3, sección 1.

⁵⁹ KANT, *The Philosophy of Law* (trad. W. HASTIE), Edinburgh, T and T Clark, 1887, p. 218. BYRD ofrece la siguiente interpretación del argumento de KANT: “cada individuo, en tanto agente moral con valor intrínseco, posee un derecho natural, cual es la libertad. En la medida en que el ejercicio externo de su libertad no viole el derecho de otro para ejercer su propia libertad externa, esta no debería ser sometida a restricción alguna. Si su libertad infringe la libertad externa de otro, la primera ya no constituye una expresión de la libertad que puede coexistir con la libertad de todos bajo la ley universal. Cualquier coerción externa, que contrarreste esta infracción, restaura la libertad y es necesariamente compatible con la libertad de todos. La fuerza justificada que limita nuestras actuaciones pragmáticas, es directa e inmediata. No se trata de una fuerza vengativa ni profiláctica, y puede tener lugar en un estado de naturaleza. No se trata de una fuerza que sea suficiente para asegurar nuestros derechos. Por ello, no puede ser la base del derecho de una sociedad de castigar las violaciones de su ley penal”. BYRD, “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution”, en *Law & Philosophy*, vol. 8, n.º 2, 1989, pp. 180-81.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

final, la discusión planteada por GROCIO y LOCKE se habrá de definir en torno a nuestra percepción y sensibilidad frente a las interacciones violentas, o en torno a cuánta violencia estemos dispuestos a dar por sentado como punto de inicio de nuestra vida social. Pero por los menos es posible plantear que en un mundo gobernado por la presunción de libertad, como lo es supuestamente el mundo de la filosofía liberal, si tengo titularidad moral para repeler a la fuerza una acción porque esta infringe alguno de mis intereses individuales, entonces dicho interés no puede ser tenido como una mera idea carente de contenido o significación, sino que ha de ser algo importante.

Considérese, p. ej., una teoría normativa que autorizara el uso de la violencia como mecanismo para defender nuestra posibilidad de caminar libremente. ¿Sería esta una teoría normativa que le da valor y substancia a nuestra habilidad para caminar libremente en una medida suficiente como para decir que tenemos un *derecho* a caminar libremente y que el resto tiene un deber correlativo de no interferir con el ejercicio de este derecho? Me parece que sí, y que limitarse a incrementar la cantidad de violencia que este derecho implica yendo desde un poder de defensa a un poder para castigar, no debería tener ningún impacto en la plausibilidad de afirmar que tenemos un derecho a caminar libremente.

La distinción analítica entre un ejercicio de fuerza defensiva y la fuerza ofensiva que implica una pena, nos permite así superar la preocupación de que los derechos, sin el poder de castigar sus infracciones, no son más que ideas morales vacías. Aun cuando la distinción entre ambos tipos de fuerza pueda ser difícil de trazar en algunos casos, es una distinción con la cual estamos familiarizados y un estándar bastante común para determinar cuándo ejercer fuerza o coacción sobre otro es aceptable y cuándo no.⁶⁰

En suma, dado que la premisa básica de la filosofía política liberal es una presunción de libertad según la cual todo ejercicio de poder sobre otro es *prima facie* no permisible y debe entonces ser justificado, y dado que algo puede ser reconocido como un derecho genuino aun cuando no implique la facultad de castigar su infracción, parece que nos quedan pocas razones para preferir un contexto normativo gobernado por la presunción de castigo frente a uno que no lo

⁶⁰ Hasta donde sé, la mayoría de los órdenes normativos reconocen un permiso para usar violencia dirigida a protegerse a uno mismo o a un tercero frente a una amenaza o peligro de daño, pero este permiso no cubre la violencia que puede ocurrir una vez que este peligro o amenaza se ha materializado.

está. En otras palabras, en el contexto de la presunción de libertad, si la idea de derecho no necesita implicar un permiso para castigar, entonces no debería implicarlo. Esto es así porque de acuerdo con esta misma presunción deberíamos preferir un contexto en el que hay más escrutinio sobre el poder que un contexto en donde el poder no es plenamente cuestionado.

Puesto en términos kantianos, para que un derecho pueda ser reconocido como tal, debe venir con la autoridad para ejercer la medida de coerción que es estrictamente necesaria para limitar cualquier limitación de su ejercicio legítimo.⁶¹ Si la limitación ya tuvo lugar, el fundamento del derecho a responder mediante un castigo no puede encontrarse en el derecho limitado sino que debe buscarse en otro lugar. El *locus* de este fundamento reside en la segunda condición de justificación que pesa sobre cualquier instancia de castigo, esto es, en la existencia de una relación de autoridad que legitima a una persona o entidad para castigar a otra.

IV. Conclusión

La pregunta específica que he formulado en este artículo es una pregunta sobre los orígenes de la presunción de castigo en nuestra tradición filosófica, así como sobre lo persuasivas que pudieran ser para nosotros las razones de quienes concibieron esta presunción. La respuesta es que estas razones no deberían convencernos. Entonces, o bien encontramos una nueva razón para sostener la presunción de castigo, o bien la abandonamos.⁶² Para decidir cómo proceder, es importante tener a la vista lo que está en juego en esta conversación y cómo la revisión de esta presunción podría alterar el alcance de la filosofía política y de la teoría del castigo. Así que permítanme usar esta conclusión para decir algo sobre esto último.

En muchas de nuestras conversaciones usamos presunciones que expresan nuestro compromiso con ciertos valores y que distribuyen la carga de probar las distintas aseveraciones que hacemos para facilitar nuestra comunicación. Algunas de estas presunciones, sin embargo, no cumplen ningún rol positivo y son mantenidas como mero hábito o como un modo de esquivar problemas que parecen demasiado difíciles de enfrentar, como ocurre con la presunción de que las madres son mejores cuidadores que los padres, o con la presunción de que nuestras acciones

⁶¹ KANT, *The Philosophy of Law*, *supra* nota 59, p. 47.

⁶² De nuevo, esta conclusión es consecuencia de una postura escéptica frente al poder que, en el caso del pensamiento liberal, es gatillada por la presunción de libertad.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

individuales en general no tienen impacto en el calentamiento global. Como señalé al inicio de este artículo, la tensión entre la libertad y una pena ha sido parcialmente esquivada por la presunción de castigo, mediante la imposición de la convicción de que el castigo es parte de nuestra naturaleza moral. Esta convicción ha implicado que en último término es el crimen lo que genera el castigo y no la acción de castigar, y esto implica a su vez que no somos plenamente responsables por las penas que imponemos.⁶³

La presunción de que los delitos deben castigarse nos vuelve irresponsables frente al castigo y reduce el problema de su justificación a las cuestiones de oportunidad, propósito y forma, dejando sin atender la pregunta sobre la autoridad de una determinada comunidad para imponer esta forma de tratamiento a un determinado individuo. Esto ha producido una desconexión entre las teorías de la pena y las teorías de la autoridad política, porque el castigo estatal se ha considerado como suficientemente regulado por sus propios principios morales o pre-institucionales.⁶⁴ Como consecuencia inmediata de la desconexión recién señalada, las teorías de la pena han sido incapaces de lidiar adecuadamente con el impacto que los contextos de extrema injusticia social y exclusión política deberían tener en la justificación de la pena. El punto no es que la presunción de castigo haya eneguecido a la teoría del derecho penal, impidiéndole reconocer los niveles extremos de injusticia que rodean a las prácticas penales, sino que nos ha hecho creer que, sea cual sea este problema, no es un problema para una teoría sobre la justificación ideal del castigo.⁶⁵

Si, en cambio, entendiéramos al castigo como una práctica artificial en el sentido de que la hemos establecido voluntariamente en la manera específica en que existe hoy, entonces la segunda

⁶³ O'DONOVAN, *supra* nota 15, p. 113.

⁶⁴ Las teorías de la pena están básicamente preocupadas por la definición y defensa de lo que son estos principios, p. ej., merecimiento, disuasión, etc. La teoría política, por otra parte, está preocupada por la justificación genérica de la coerción pública y no muestra particular interés en el castigo, porque pareciera que la existencia de una supuesta conexión entre el derecho penal y nuestros deberes morales vuelve menos urgente el problema de la legitimidad de la coerción penal. Véase, p. ej., SIMMONS, *supra* nota 16, pp. 195-201; DUFF, *supra* nota 2, p. 182 ss.; COPP, *supra* nota 11, p. 4.

⁶⁵ Una notable excepción a esta tendencia en las teorías de la pena la constituye el trabajo de DUFF. Véase en este sentido DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, *supra* nota 2; "Legitimacy of the Criminal Trial," *supra* nota 2; "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me," *supra* nota 2. Existe un amplio reconocimiento de los dramáticos niveles de exclusión social y política y de discriminación que caracterizan al ambiente en que tienen lugar nuestras prácticas penales, y a pesar de ello estas no suelen ser consideradas como un tema relevante para la elaboración de una teoría normativa sobre el castigo. Para estudios sobre el contexto del castigo penal, véase WESTERN, *Punishment and Inequality in America*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006; FERGUSON, *Inferno*, Cambridge, Harvard University Press, 2014; STUNTZ, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

parte del desafío de justificación de la pena se impone con mucha claridad, esto es, la necesidad de explicar qué le da a alguien autoridad para castigar a otro. Este nuevo espacio de investigación nos otorga inmediatamente un marco para evaluar los problemas normativos que el contexto del castigo ha de generar para su justificación. En otras palabras, una vez que asumimos que el castigo necesita una relación de autoridad, su justificación ideal requiere describir las cualidades y valores de la relación en que este tipo específico de autoridad puede surgir. Y aquí, la justicia del contexto político y social del castigo se vuelve crucial. En consecuencia, si abandonamos la presunción de castigo, se abre un nuevo espacio de investigación para las teorías del derecho penal, esto es, la pregunta de cuáles son las cualidades y valores a los que la relación política debe aspirar para que la pena sea una manera justificable de interacción.

Una aproximación de esta naturaleza también abriría un nuevo espacio de investigación para la filosofía política, dado que la mayoría de las versiones contemporáneas sobre la autoridad política apelan a la coerción de manera genérica y no distinguen qué es precisamente aquello que el Estado puede hacer cuando decimos que tiene autoridad para gobernar coactivamente. De acuerdo con lo que he señalado anteriormente, en relación con la distinción entre fuerza defensiva y punitiva, hay diversas maneras mediante las cuales una comunidad puede proteger y promover mediante la fuerza los derechos individuales y también los bienes públicos, el castigo es solo una de estas maneras. Distintos tipos de fuerza implicarán distintas formas de interacción que, a su vez, deberían gatillar distintos estándares de justificación. Como consecuencia, tal y como podemos imaginar instancias de coerción que son permisibles fuera de la relación política, como la legítima defensa, también podemos imaginar una relación política en la que el Estado tenga autoridad para gobernar coactivamente y aun así carezca de autoridad para castigar.

En suma, si el castigo encuentra su origen en nuestras convenciones y no en alguna cualidad pre-política sobre el comportamiento humano, debería ser evaluado como cualquier otra institución que hemos diseñado para gobernar nuestra vida en común, lo que implica que su permisibilidad dependerá, por lo menos parcialmente, de la cualidad de la relación política en la que tiene lugar.⁶⁶ Pero, por supuesto, un giro de estas características hacia una visión más

⁶⁶ Estoy aquí asumiendo que la autoridad política requiere de niveles mínimos de equidad en la relación política, lo que se traduce principalmente en la existencia de ciertas condiciones sociales y políticas. Véase en este sentido, RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, cap. 6; DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap press, 1986, cap. 6; BEITZ, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1990, cap. 5.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

integrada del castigo no puede tener lugar mientras sigamos operando bajo la presunción de que los delitos han de castigarse.⁶⁷

V. Bibliografía

ALLEN, Danielle, “Democratic Dis-Ease: Of Anger and the Troubling Nature of Punishment”, en BANDES (ed.), *The Passions of Law*, Nueva York, NYU Press, 1999.

ANSCOMBE, G.E.M., “On the Source of the Authority of the State”, en RAZ (ed.), *Authority*, Nueva York, NYU Press, 1990.

BEITZ, Charles R., *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

BYRD, Sharon, “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution”, en *Law & Philosophy*, vol. 8, n.º 2, 1989, pp. 151–200.

COPP, David, “The Idea of a Legitimate State”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 28, n.º 1, 1999, pp. 3–45.

DUFF, R. Antony, “Responsibility, Citizenship and Criminal Law”, en DUFF / GREEN (eds.), *The Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

— “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, en *Ratio*, vol. 21, n.º 2, 2010, pp. 123-140.

— “I Might Be Guilty, but You Can’t Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 245–259.

— *Punishment, Communication, and Community*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Belknap press, 1986.

⁶⁷ De acuerdo con ALLEN, esto sería un retroceso, por lo menos en la medida que el castigo solía ser considerado como un asunto de la comunidad y no como un problema entre la víctima y el agresor, en el que la comunidad interviene de una manera más bien superficial. Véase ALLEN, *supra* nota 15 p. 197.

LORCA (2019) "La presunción de castigo. Una revisión crítica..." pp. 178-206

FEINBERG, Joel, *Social Philosophy*, Upper Saddle River, Prentice-Hall, 1973.

FERGUSON, Robert A., *Inferno*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

FOUCAULT, Michel, *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction* (trad. Robert HURLEY), Nueva York, Vintage, 1990.

GARLAND, David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

GROTIUS, Hugo, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Indianapolis, Liberty Fund, 2006.

— *The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and of Nations*, MW Dunne, 1901.

HAREL, Alon, "Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case against Privately Inflicted Sanctions", en *Legal Theory*, vol. 14, n.º 2, 2008, pp. 113–133.

HART, H.L.A., "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en HART (ed.), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1968.

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Indianapolis, Hackett, 1994.

— *Leviatán*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1980.

HUME, David, *Moral Philosophy*, Indianapolis, Hackett, 2006.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

KANT, Immanuel, *The Philosophy of Law* (trad. W. HASTIE), Edinburgh, T and T Clark, 1887.

LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, Indianapolis, Hackett, 1980.

— *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Tecnos, 2006.

MACCORMICK, Neil / GARLAND, David, "Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish", en ASHWORTH / WASKI (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

MONTAGUE, Phillip, *Punishment as Societal-Defense*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1995.

O'DONOVAN, Oliver, *The Ways of Judgment*, Cambridge: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2005.

PLAMENATZ, John, *Man and Society, Vol. 1*, City: Longmans, Green, 1963.

PUFENDORF, Samuel, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

— *Of the Law of Nature and Nations* (trad. CH / WA OLDFATHER), Oxford, Oxford University Press, 1934.

RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2005.

RAZ, John, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *The Basic Political Writings* (trad. Donald A. CRESS), Indianapolis, Hackett, 1987.

SCHNEEWIND, Jerome B., *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “Doctrines Regarding the Fight against Impunity and the Victim’s Right for the Perpetrator to Be Punished”, en *Pace Law Review*, vol. 28, n.º4, 2007, pp. 865-884.

SIMMONS, A. John, “Locke and the Right to Punish”, en COHEN et al (eds.), *Punishment: A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press, 1995.

— *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1981.

STUNTZ, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights*, Grand Rapids, Wm B Eerdmans, 1997

TUCK, Richard, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

LORCA (2019) “La presunción de castigo. Una revisión crítica...” pp. 178-206

VITORIA, Francisco de, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Clarendon Press Oxford, 1999.

WEBER, Max, “The Profession and Vocation of Politics” en LASSMAN / SPEIRS (eds.), *Weber: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

WESTERN, Bruce, *Punishment and Inequality in America*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006.

ZEDNER, Lucia, “Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment”, en FRANKO AAS / BOSWORTH (eds.), *The Borders of Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2013.