

## La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Pre-Condiciones de la Responsabilidad Penal\*

R. A. Duff<sup>\*1</sup>

### 1. Introducción: ¿Algunas discusiones significativas?

Comienzo con un recuerdo breve de algunas discusiones sobre definiciones en el Derecho Penal que han ocupado a tribunales y doctrinarios durante las últimas dos décadas. No lo hago porque pretenda resolver estas controversias sino porque aportan una introducción útil a los temas que quiero discutir. Cada una de las discusiones afecta al significado de un concepto que juega un rol importante en el Derecho Penal, pero que también es relevante en el discurso extra-legal.

Ha habido disputas acerca del significado de dos conceptos centrales de la “responsabilidad”: la intención y la temeridad ¿Un agente sólo “intenta” lograr las consecuencias que quiere causar; o también aquellas que prácticamente prevé como seguras?<sup>1</sup> ¿Es temerario sólo con respecto a los riesgos que asume conscientemente? o ¿lo es sobre aquellos riesgos que serían obvios para cualquier persona razonable incluso si no es consciente de ellos?<sup>2</sup>

Han existido, por ejemplo, debates sobre el concepto de “tentativa” ¿Qué debería considerarse como una “tentativa de cometer un delito”?<sup>3</sup> ¿Qué tan lejos debe haber llegado un agente en su intención criminal? ¿Cuánto tuvo que haber progresado en su iniciativa para considerar que “intentó” cometer un delito?<sup>4</sup>

---

\* Traducción de Ignacio Noel y Julieta Vecchione, supervisada por Gustavo Beade y Tirsia Kapp.

<sup>\*1</sup> Departamento de Filosofía, Universidad de Stirling. Esta es una versión revisada de una presentación de 1997 en el H.L.A Hart Memorial Lecture. Le estoy muy agradecido al Comité de la Hart Memorial Lecture por la invitación a exponer el presente trabajo; a la University College, de Oxford, y especialmente a Adrian Zuckerman, por su hospitalidad; a los participantes del seminario que siguió a la exposición, particularmente a John Finnis, Jeremy Horder, Tim Endicott y Adrian Zuckerman, quien me ayudó a ver algunas de las formas que necesitaban ser reescritos (especialmente la parte 5)—aunque desconozco si creerán que la reescritura lo ha mejorado, a mis colegas en Stirling, quienes hicieron comentarios muy útiles en un borrador de este artículo; y especialmente a Sandra Marshall, por la ayuda filosófica y el apoyo constante.

El artículo original “*Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability*”, puede conseguirse en <http://ojls.oxfordjournals.org/content/18/2/189.full.pdf>. Éste artículo sólo está disponible para su lectura, y no se encuentra bajo una licencia Creative Commons o ninguna otra licencia de acceso libre que permita su uso sin permiso de Oxford University Press.

<sup>1</sup> Ver, *Moloney* [1985] AC 905, *Hancock & Shankland* [1986] AC 455, *Nedrick* [1986] 1 WLR 1025, *Walker & Hayles* [1990] Cr App Rep 226; J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (8m ed; Butterworths, 1996), 57-63; A. W. Norrie, *Crime, Reason y History* (Weidenfeld & Nicolson, 1993), cap.3; N. Lacey, 'A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory?' (1993) 56 *Modern Law Review* 621; mi trabajo *Intention, Agency and Criminal Liability* (Blackwell, 1990), caps. 3-4.

<sup>2</sup> Ver *Caldwell* [1982] AC 341; *Lawrence* [1982] AC 510; Smith & Hogan, *op. at.*, 64-72; Norrie, *op. at.*, ch.4;

<sup>3</sup> Criminal Attempts Act 1981, s.1(i): ver *Yenon v Ryan* 119851 1 AC 560; G. Williams, 'The Lords and Impossible Attempts' (1986) 45 *Cambridge Law Journal* 33; H. L. A. Han, 'The House of Lords on Attempting the Impossible' en Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press, 1983), 367; y mi trabajo *Criminal Attempts* (Oxford University Press, 1996), 110-12, 206-19.

<sup>4</sup> Ver *Gullefer* [1990] 1 WLR 1063; G. Williams, 'Wrong Turnings in the Law of Attempt' (1991) *Criminal Law Review* 416; y mi trabajo citado en nota 3, 57-61, 385-95.

También ha habido controversias acerca del significado de la palabra “homicidio”. En especial acerca de lo que establece la doctrina de la “malicia implícita”, que transforma la intención de causar daño físico severo en un elemento de suficiente de la responsabilidad en un homicidio.<sup>5</sup>

También fue discutido el significado de la palabra “deshonestidad” en el hurto ¿Que debería ser una apropiación “deshonesta”? Este tipo de disputas suponen dos tipos de problemas: el primero es un problema sustantivo, acerca del contenido del Derecho Penal. La pregunta que debemos contestar aquí es: ¿qué clase de conductas deben ser capturadas como delitos por estos conceptos?<sup>6</sup>

El segundo problema es procedimental. Se intenta determinar, correctamente, la forma de dividir el trabajo siguiendo las definiciones que llevan adelante los expertos legales (legislativos o judiciales) y los participantes legos (particularmente jurados) en el proceso penal ¿Cuánta libertad debería brindársele a los jurados (compuesto por legos) para aplicar esos conceptos apelando a su sentido extra-legal? ¿Qué tanto, en cambio, debería el derecho limitarles -mediante una legislación determinada o a través de indicaciones judiciales- la interpretación de estos conceptos?

Ahora, estas controversias no involucran conceptos esotéricos que solamente figuran en áreas secretas del Derecho. Los conceptos juegan roles centrales en los principios de la responsabilidad penal y en la definiciones de los crímenes que caen directamente dentro del núcleo básico del Derecho Penal. Entonces: ¿cómo abordar el hecho de que son una fuente continua de controversia e incertidumbre?

Podemos encontrarnos con dos clases conocidas de respuesta, a éstas y otras viejas discusiones. Una respuesta proviene de aquellos a quienes podemos (muy vagamente) clasificar como “doctrinarios teóricos”.<sup>7</sup> Ellos entienden que su actividad no es solamente analizar la ley sino también mejorarla: volverla más racional, consistente y con más principios. Estos teóricos ven estos debates como defectos en el derecho; mas precisamente, en su contenido sustantivo; pero también los entienden como imperfecciones que hacen incierto, inconsistente y confuso aquello que debiera ser cierto, consistente y claro. Pero estos defectos se repararían si tan solo los legisladores y jueces prestasen atención al sabio consejo que les brindan tanto los órganos de reforma como los comentaristas. Son padecimientos localizados y subsanables. Sin embargo, el derecho podría necesitar un régimen rígido establecido por una meticulosa codificación para evitar que esto vuelva a ocurrir con una frecuencia preocupante.<sup>8</sup>

Estos teóricos podrían encontrar apoyo en el hecho de que, pese a estas reiteradas incertidumbres y disputas, los tribunales logran decidir sin grandes dificultades la mayoría de los casos que les toca resolver que involucran intención o temeridad, homicidio, robo o tentativa. Esto demuestra, podrían argumentar estos teóricos, que estos conceptos tienen una núcleo acordado acerca de su significado. La incertidumbre y las controversias sólo afectan a casos difíciles, que se

<sup>5</sup> Ver Hyam [1975] AC 55, Mooney [1985] AC 905; Lord Goff, *The Mental Element in Murder* (1988) 104 *Law Quarterly Review* 30; G. Williams, *The Mens Rea for Murder: Leave it Alone!* (1989) 105 *Law Quarterly Review* 387.

<sup>6</sup> Ver Ghosh [1982] QB 1053; Smith & Hogan, *op. cit.* n.l arriba, 547-52; Norrie, *op. cit.* arriba, 42-5; N. Lacey, C. Wells & D. Meure, *Reconstructing Criminal Law* (Weidenfeld & Nicobon, 1990), 469-70; R. H. S. Tur, “Dishonesty and the Jury”, en A. P. Griffiths (ed.), *Philosophy and Practice* (Cambridge University Press, 1985) 75.

<sup>7</sup> Esta categoría incluye a los autores de los manuales estándares del derecho penal, incluyendo a Smith & Hogan, *op. cit.*, G Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed; Stevens, 1983); A J Ashworth, *Principle of Criminal Law* (2nd ed; Oxford University Press, 1995); C. M. V. Clarkson & H. M. Keating, *Criminal Law: Text and Materials* (3rd ed; Sweet Maxwell, 1994)

<sup>8</sup> Law Commission No. 177, *A Criminal Code for England and Wales* (HMSO 1989)

encuentran dentro de un marco de penumbra, cuyo alcance o significado es menos claro.

La otra respuesta viene del lado de aquellos a quienes vagamente podemos identificar como “teóricos críticos”. Esta respuesta es expresada de forma más radical en el trabajo de los defensores de los Critical Legal Studies (Estudios Críticos del Derecho)<sup>9</sup>. También en el trabajo de otros teóricos cuya aproximación al derecho es “crítica” en el sentido de que buscan cuestionar (y que usualmente encuentran como algo deficiente) las estructuras básicas del derecho en (pretendidos) principios y razones.<sup>10</sup> Estos teóricos ven este tipo de discusiones que mencioné, no meramente como dolencias localizadas dentro de un cuerpo básicamente sano sino como síntomas de trastornos mucho más profundos. Reflejan ciertas “contradicciones” fundamentales en nuestro Derecho. Si bien las contradicciones pueden servir a los fines políticos de una clase gobernante, son tan profundas, tan generalizadas, tan irremediables que son fatales para las pretensiones de que el derecho sea una “racionalidad con principios”.

Por supuesto, los tribunales consiguen decidir la mayoría de los casos que reciben sin ninguna dificultad. El derecho, a menudo, consigue soluciones aparentes a los conflictos que la asedian. Pero esto solo muestra que los trastornos subyacentes pueden ser disimulados y sus síntomas aliviados con tratamientos paliativos. Las “prácticas habituales”<sup>11</sup> de los tribunales y las soluciones “parche” que encuentran a las controversias, son frágiles por naturaleza debido a que carecen de cualquier base racional firme. Los trastornos subyacentes permanecen, siempre listos para “irrupir” nuevamente y desestabilizar al derecho.<sup>12</sup>

Ahora, pienso (aunque no voy a argumentar esto aquí) que, en un nivel, los doctrinarios teóricos pueden rechazar, de modo habitual, los ataques de los doctrinarios críticos. Una vez que distinguimos más cuidadosamente entre las “contradicciones” (que deben ser fatales para cualquier práctica supuestamente racional) y el tipo de “conflictos” que son habituales en cualquier práctica sujeta a una pluralidad de valores que no amenazan su racionalidad;<sup>13</sup> una vez que abandonamos ciertas concepciones sobredimensionadas de lo que se requiere para que una práctica sea “racional” o “coherente”;<sup>14</sup> una vez que reconocemos los ricos recursos de la doctrina teórica, y las posibilidades de la “reconstrucción racional”,<sup>15</sup> veremos que el derecho tiene recursos doctrinales para ser (o para llegar a ser) tan racional y coherente como podemos esperar que sea una práctica humana compleja. Más precisamente, veremos que el derecho puede ser llevado a aspirar una coherencia racional y de principios.<sup>16</sup>

Sin embargo, también pienso que los ataques de los teóricos críticos nos llevan hacia ciertos problemas más profundos en el Derecho Penal que no son tratados con la suficiente frecuencia en los trabajos de los doctrinarios teóricos que intentan llevar a cabo una reconstrucción racional. Estos problemas tienen que ver, no con la coherencia interna de la ley sino con sus precondiciones, con la existencia de condiciones que deben ser considerados como presupuestos del Derecho como una

<sup>9</sup> M. Kelman, 'Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law' (1981) 33 *Stanford Law Review* 591, y *A Guide to Critical Legal Studies* (Harvard University Preu, 1987).

<sup>10</sup> Norrie, *op. au* n.1 arriba; N. Lacey, *op. cu.* n.1 arriba; Lacey, Wells & Meure, *op. cit* n.6 arriba.

<sup>11</sup> Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (n.9 arriba), 13.

<sup>12</sup> Norrie, *op. cit.* n.1 arriba, 40.

<sup>13</sup> R. Dworkin, *Law's Empire* (Fontana 1986), 268-71, 274-5.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, J. Finnis, "On the Critical Legal Studies Movement", en J. Eekelaar & J. Bell, *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford University Press 1987), 145.

<sup>15</sup> D. N. MacCormick, 'Reconstruction After Deconstruction: A Response to CLS' (1990) 10 *OxfordJournal of Legal Studies* 539.

<sup>16</sup> 'Principle and Contradiction in the Criminal Law\*', Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle y Critique* (Cambridge University Press, 1998), 156.

práctica humana.

Mi interesa en este artículo concentrarme en algunas de estas precondiciones. En relación con lo anterior voy a tratar con una pregunta que se ha tornado importante en discusiones críticas recientes: ¿en que medida el derecho depende de cierta noción de “comunidad” que, en verdad podría no existir?<sup>17</sup> Necesitamos preguntarnos, sencillamente, qué tipo de “comunidad” es la que el derecho presupone y qué constituiría la existencia o no-existencia de tal comunidad.

De todos modos, primero debería explicar cómo voy a utilizar aquí la noción de “precondiciones” y, en particular, la distinción entre “condiciones” y “precondiciones”.

## 2. Condiciones y Precondiciones

Los filósofos a veces discuten sobre la interpretación de afirmaciones tales como “el rey de Francia es calvo”. Propositiones como éstas tienen como sujeto una descripción que no puede ser una referencia. Voy a introducir la distinción entre condiciones y precondiciones para distinguir dos puntos de vista sobre tales proposiciones.

Por un lado, según la visión de Russell, estas manifestaciones son falsas porque afirman la existencia de un sujeto (el rey de Francia) que no existe. Por otro lado, según Strawson, estas afirmaciones no son ni verdaderas ni falsas. No afirman sino que presuponen la existencia de su sujeto; dado que esta presuposición es equivocada, carece de un valor verdadero.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista de Russell la existencia del sujeto es una condición para la validez de la afirmación. Mientras que para Strawson, la afirmación (sea verdadera o falsa) es una precondición de nuestra habilidad para evaluar si es verdadera o falsa.

En general, en cualquier práctica humana regida por reglas podemos identificar condiciones, internas a la práctica, que determinan el éxito o el fracaso de ciertas acciones, los resultados de ciertos procedimientos, dentro de la práctica. Una condición para convertir un gol en el fútbol es que alguien pateo o cabecee el balón dentro del arco contrario. Una condición para ganar la carrera de 100 metros, para menores de 15 años, es que el corredor cruce la línea de meta antes que todos los demás.

También podemos identificar ciertas condiciones que sirven para relacionarse con la práctica y que son, de este modo, precondiciones de acciones o resultados particulares dentro de la práctica. Una condición para jugar al fútbol y, como tal, una precondición para convertir un gol, es tener un balón; sin un balón, no sería posible convertir un gol ni tampoco fallarlo. Una condición para competir en la carrera sub-15 y, como tal, una precondición para ganarla, es ser menor de 15 años. Un competidor de 16 años podría correr con los demás participantes y cruzar la meta primero, pero no habrá ganado la carrera; tampoco la habrá perdido. No será posicionado primero o último; no será posicionado en absoluto, porque no participó debidamente en la carrera. Ser menor de 15 años es una precondición para ganar o perder la carrera sub-15.

Otro ejemplo. He sido convocado como profesor invitado para dar una conferencia a

---

<sup>17</sup> L. Farmer, *Criminal Law, Tradition y Legal Order* (Cambridge University Press, 1997); R Cotterrell, *Law's Community* (Oxford University Press, 1995); A. W. Norrie, "Simulacra of Morality": Beyond the Ideal/ Actual Antinomies of Criminal Justice', en Duff (ed.) *Philosophy and the Criminal Law* (n.16 arriba).

<sup>18</sup> B. Russell, 'On Denoting' en Russell, *Logic y Knowledge* (ed. R. C. Marsh; Allen & Unwin, 1956) 39. P. F. Strawson, 'On Referring' (1950) 59 *Mind* 320.

estudiantes de primer año de filosofía; concurro al lugar en el tiempo acordado y realizo mi presentación. En cierta forma, mi exposición es brillante, clara, estimulante sin llegar a ser demasiado difícil, elocuente, incluso ocurrente. Brindo mi disertación con estilo ante el público, aparentemente atento, y creo que fue un éxito. Sin embargo, lamentablemente, alguien me ha indicado incorrectamente la dirección y me encuentro en el lugar equivocado. Estas personas no son estudiantes de primer año de filosofía sino visitantes polacos que no hablan una palabra de inglés. Aún así, son suficientemente educados para parecer interesados. Cuando descubra la verdad, no pensaré que brindé una mala conferencia para estudiantes de primer año de filosofía. En verdad, no podré juzgarla como una buena o mala conferencia para estudiantes de primer año de filosofía. Una precondition para que una conferencia para estudiantes de primer año de filosofía sea buena o mala es que haya sido presenciada por el público apropiado, estudiantes de primer año de filosofía, y esa precondition no fue satisfecha.

Estos ejemplos dejan en claro que hay diferentes clases de precondiciones y que puede haber lugar para la discusión (como hubo entre Strawson y Russell) sobre si cierto factor debe contar como condición o precondition. En que se convierte esta distinción, y dónde (y que tan claramente) marcar la línea divisoria, dependerá del contexto y de los fines, para los que será utilizada. En lo que sigue, me voy a ocupar de la forma en la que puede ser demarcada y del significado que tiene en el contexto del Derecho Penal.

El Derecho Penal no es solo una práctica sino un conjunto complejo de prácticas interrelacionadas. Voy a tratar al juicio penal como una de estas prácticas. Este es el proceso que determina formalmente la responsabilidad penal.

El interés en un juicio es determinar si el acusado satisface las condiciones para ser responsabilizado penalmente. Estas condiciones ocupan el grueso de los manuales de Derecho Penal. Entre tales condiciones están las de si la conducta del sospechoso constituyó el tipo penal señalado en la acusación y por otro lado, si él puede interponer alguna defensa legal reconocida. Si la fiscalía prueba, satisfactoriamente, esas condiciones de responsabilidad, el acusado debería ser condenado. Si no logra hacerlo, debería ser absuelto.

Pero también existen precondiciones de la responsabilidad penal. Éstas son las condiciones que deben ser satisfechas para que el juicio sea posible o, en todo caso, legítimo. No son condiciones cuya satisfacción garantice la condena del acusado y cuya insatisfacción ordene su absolución. En cambio, si no son satisfechas, no puede ser ni condenado ni absuelto correctamente, puesto que no puede ser juzgado correctamente. Las precondiciones de la responsabilidad penal son condiciones de la legitimidad del juicio penal.

Me interesan las precondiciones de la responsabilidad penal que tienen que ver con la responsabilidad del acusado. En verdad, son condiciones de la responsabilidad penal, condiciones que deben ser satisfechas si el acusado ha de ser juzgado como debiera serlo, esto es, como un ciudadano responsable.

Para clarificar el sentido de estos comentarios, necesitamos una concepción del juicio penal. Para eso, tenemos que tener en claro qué tipo de práctica se supone que es dicho juicio.

Aquí sólo puedo afirmar lo que ya sostuve en otra oportunidad.<sup>19</sup> El juicio penal debería ser entendido no meramente como una investigación *sobre* un acusado -en la que no tiene un rol activo- sino como un proceso en el que el acusado es un participante activo. El acusado es llamado a responder por una acusación penal, ya sea para admitir la acusación declarándose culpable, o para defenderse negando

<sup>19</sup> Ver mi *Trials and Punishment*, (Cambridge University Press, 1986), ch.4

el presunto hecho u ofreciendo alguna defensa legalmente contemplada. Asimismo, una condena no es solamente un juicio *sobre* el acusado de cometer un crimen: es un juicio hecho *para* él, condenando su conducta. Un juicio penal pretende ser y debería ser, un proceso racional de comunicación en el que el acusado está involucrado activamente.

El juicio debe, por lo tanto, dirigirse al acusado como alguien que puede ser llamado adecuadamente por un tribunal a responder por la conducta por la que es acusado. Podemos expresar este requisito señalando que el tribunal ha de tratar al acusado como es (y como debería ser): como un ciudadano responsable que puede responder ante una acusación penal.<sup>20</sup>

Una condición esencial para que el juicio pueda ser llevado a cabo es, entonces, que el acusado debe ser un ciudadano responsable. Si no lo es, no puede ser correctamente juzgado. Esto no significa que debería ser absuelto. En verdad, sería posible probar que cumple con las condiciones para ser responsable por un hecho, esto es, que cometió el crimen por el que se lo acusa y que no tiene para ofrecer ninguna defensa contemplada legalmente. Pero sólo aquéllos que han sido debidamente juzgados pueden ser absueltos o condenados. Afirmar que el acusado es un ciudadano responsable es una condición esencial del juicio y, por lo tanto, una precondition de la responsabilidad penal. Esta condición debe estar satisfecha antes de que el tribunal resuelva si un acusado debe ser condenado o absuelto.

Alguien que no sea un ciudadano responsable puede, por supuesto, ser juzgado porque puede ser sometido al proceso que, normalmente, constituye un juicio penal. Pero, en esos términos, ese procedimiento se encontraría terriblemente debilitado. No constituiría, entonces, un auténtico juicio penal, sino la parodia de un proceso.

Para dar algo de contenido a este esquema, haré algunos breves comentarios sobre dos condiciones de la responsabilidad penal. Más tarde diré algo más sobre una tercera.

### 3. Condiciones de la Responsabilidad Penal

La primera (y más obvia) condición de la responsabilidad penal -entendida como la posibilidad de ser responsable por un hecho- concierne a la capacidad de la persona para ser juzgada. Debe ser capaz de responder ante una acusación y estar en condiciones para declarar o para ser juzgada.

La propia legislación establece que la capacidad debe ser una condición para que alguien pueda ser juzgado.<sup>21</sup> Sin embargo, debemos, como siempre, distinguir entre cómo son las condiciones legales de la responsabilidad de cómo deberían ser: ¿Qué capacidades debería tener una persona si va a ser juzgada y pretendemos que el juicio no sea una farsa?

Las condiciones legales referidas a la capacidad del acusado para defenderse tienen que ver con la posibilidad de que pueda entender la acusación, el rumbo del juicio y la posibilidad de instruir a su abogado. Si el tribunal va a llamarlo a responder por una acusación, el acusado debe ser capaz de entenderla y de responderla. Si no pudiese entender la acusación o el proceso por el cual se lo juzga, no puede responderlo. Así, su juicio, si prosigue, será una parodia. Podría probarse que

---

<sup>20</sup> Sobre responsabilidad ver J.R. Lucas, *Responsibility* (Oxford University Press); ver también H. L. A. Hart, 'Postscript: Responsibility and Retribution', en Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford University Press, 1958), 210, 210-30.

<sup>21</sup> Criminal Procedure (Insanity) Act 1954 ss.4A (sustituida por Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991): ver Smith & Hogan, *op.cit.*, 1 arriba, y mi *op.cit.* n. 19 arriba, 29-35, 119-23.

cometió el crimen por el que se lo acusa y era, al momento, un agente responsable. Sin embargo, ahora no puede ser llamado a responder por él.

La cuestión más difícil de determinar es el tipo de capacidad que debería ser exigida: ¿qué es, en particular, lo que el acusado debe ser capaz de comprender? Más adelante, sugeriré que debe ser capaz de comprender no sólo que, supuestamente, actuó de cierta forma, sino cómo es que esto justifica la acusación de haber cometido un *delito penal*.

La primera condición de responsabilidad se vincula con las capacidades del acusado. Sin embargo, ser responsable penalmente es más que eso. Intentaré explicar porqué me referí antes a la idea de ser un ciudadano responsable y no, simplemente, a la idea de agente responsable.

Ser responsable implica poder responder ante algo o ante alguien: a mi consciencia, quizás, o ante Dios; ante mi pareja o amigos; mis colegas o mi empleador. Respondo ante alguna persona o cuerpo de personas que tenga el derecho, el estatus, para llamarme a rendir cuentas. Si doy una mala conferencia hay varias personas que podrían llamarme a responder. Algunos podrían pedirme explicaciones, exigirme que justificara mi conducta o aceptar críticas por mi fracaso. Debo responder ante los estudiantes que presenciaron mi conferencia, ante mis colegas y ante mi universidad. Pero si algún extraño que pasara cerca de aquí, y escuchara la presentación, intentara llamarme a rendir cuentas, yo podría contestarle, correctamente, que este asunto no es de su incumbencia. Un extraño no tiene el estatus para pedirme respuestas por mi conferencia. En mi contestación al extraño no busco explicar, justificar o excusar mi conducta: simplemente me niego a responder por ella ante él.

Afirmar que una condición del juicio es que el acusado debe ser responsable implica que no sólo que debe ser capaz de responder sino también que el tribunal que pretenda juzgarlo debe ser un cuerpo apropiado para hacerlo responsable: debe tener la legitimidad suficiente para llamarlo a responder. Esto, de todos modos, plantea la cuestión de a quién, o a qué debe responder el acusado cuando es llevado a juicio.

Si bien es llamado a responder *por* un tribunal en particular, no que debe responder ante *este* tribunal particular. El acusado debe responder ante aquellos que son representados por el tribunal. Pero ¿quiénes son o qué es eso?

Desde la decisión que se tomara en el caso “Regina v. Smith,” podríamos decir que, según la tradición legal, es el monarca. Pero este punto de vista difícilmente se aceptado por aquellos que se ven como ciudadanos democráticos y no como súbditos de un monarca. Una versión mejor es la que se presenta en la práctica de los estados estadounidenses cuyos casos criminales son catalogados como “People v. Smith”. Esto supone que el agente debe responder, como ciudadano, ante sus conciudadanos. El tribunal habla con la voz de la ley, en nombre de la comunidad política a la cual pertenece la ley. El tribunal lo llama a responder, en este foro, ante sus conciudadanos por su supuesta infracción a las leyes de la comunidad, que también son las leyes el acusado.

Una condición más de la responsabilidad penal (y precondition de la imputación penal), sería entonces que el tribunal que juzgue al acusado tenga la autoridad para citarlo a rendir cuentas, en representación de un cuerpo ciudadano ante el cual debe responder.

Aquí, nuevamente, podemos identificar determinadas condiciones legales, que tienen que ver con asuntos de jurisdicción y autoridad legal, que recaen sobre este aspecto de la responsabilidad ¿Es éste un tribunal constituido legalmente con la autoridad para juzgar este tipo de casos? ¿Constituye la supuesta conducta del acusado un crimen para la ley inglesa? Debemos nuevamente distinguir las condiciones bajo las cuales la ley, en los hechos, lo obliga a responder

ante el tribunal de aquellas condiciones morales bajo las cuales, quizá, debería responder.

En primer lugar, las condiciones morales tienen que ver con la existencia (y la severidad) de la obligación del acusado de obedecer la ley que supuestamente infringió. En segundo lugar, con el estatus moral que debe tener el tribunal, o aquellos a quien representa, para llamar a esa persona a rendir cuentas. De este modo, debemos preguntarnos, en primer lugar, bajo qué condiciones alguien tiene una obligación genuina de obedecer el derecho. En segundo lugar, cuáles son las condiciones que debe satisfacer un tribunal, y aquellos a quienes representa, para tener un estatus moral que le permita llamar a alguien a rendir cuentas.

No voy a discutir estas cuestiones con mucho más detalle aquí.<sup>22</sup> Empero, debemos advertir que ellas conciernen a las precondiciones y no a las condiciones de la responsabilidad penal. Podría ser cierto, e incluso el acusado podría aceptar que actuó de un modo prohibido por la ley inglesa. Aún así, podría rechazar al tribunal afirmando que carece del estatus moral para juzgar su conducta. El acusado podría negar que tenga una obligación genuina de obedecer esta ley o rechazar que deba responder moralmente ante o a través de este tribunal. No niega la veracidad del cargo por el que se lo acusa ni tampoco afirma que debería ser absuelto. Para lograr su absolución debería haber tenido que responder y rebatir la acusación por la cual fue llamado por el tribunal. Sin embargo, su reclamo es que ese tribunal no debería haberlo llamado a responder por ese cargo.

Señalaría dos puntos más sobre esta precondición de responsabilidad penal. Primero, creo que provee una forma mejor de entender algunos de los problemas que se plantean bajo la consigna de “hacer justicia en una sociedad injusta”.<sup>23</sup> Cualquier teoría del castigo que tenga en cuenta para su justificación la corrección del castigo a un delincuente, debe enfrentar el siguiente problema: ¿es posible castigar justamente a delincuentes cuyos delitos estén relacionados con serias injusticias sociales que hayan sufrido? Una forma de aproximarse a este problema es preguntarnos si la ley debería reconocer una defensa específica para quien sufre una grave desventaja social.<sup>24</sup> Esto implicaría que algunos delincuentes deberían responder ante la ley pero, quizá, podrían ser absueltos. Creo que deberíamos cuestionarnos si esos delincuentes deben responder a través de los tribunales por lo que han hecho: es decir, si los tribunales y aquellos por quienes dicen actuar, tienen la legitimidad moral para pedirle a estos delincuentes que rindan cuentas ante ellos.

En segundo lugar, alguna idea de comunidad podría ser ilustrativa en este contexto. Las condiciones morales que generan una obligación de obedecer el derecho y de responder ante los tribunales puede ser expresada en términos de comunidad. El acusado está obligado a obedecer el derecho debido a que pertenece a una comunidad y, por ende, también está vinculado a sus leyes. De este modo, eventualmente, si quebrara la leyes comunitarias tendrá que responder, a través de los tribunales, ante el resto de los miembros de la comunidad. En esta versión, nuestras preguntas son sobre las condiciones de existencia, y de pertenencia, a una comunidad del tipo apropiado ¿Cómo debe haber sido tratada esta persona -por sus conciudadanos y por las instituciones legales y políticas que forman la estructura de su supuesta comunidad- para poder decir correctamente que como miembro responsable de esa comunidad se encuentra obligado a obedecer sus leyes y responder ante ellos si las infringe?

Sin embargo, quiero avanzar y decir algo más sobre una tercera condición del juicio penal,

<sup>22</sup> Ver además mi trabajo *op. cit.* n. 16 arriba, 170-98.

<sup>23</sup> Contribuciones ilustrativas a los distintos lados de este debate en B. Hudson, *Penal Policy and Social Justice* (Macmillan, 1993); A. von Hirsch, *Censure and Sanctions* (Oxford University Press, 1993), 97-9, 106-108.

<sup>24</sup> Ver B. Hudson, 'Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act' (1995) *22 Crime, Law and Social Change* 59



en verdad, una tercera precondition de la responsabilidad penal. Esta condición, está estrechamente relacionada con la primera condición (que tenía que ver con la habilidad del acusado de entender y participar en su juicio); y nos retrotraerá, eventualmente, a las controversias con las que comencé.

#### 4 ¿El lenguaje de quien? ¿La ley de quién?

Un tribunal llama a un ciudadano para que responda por la acusación de haber cometido un crimen. Ese llamado y esa respuesta demandan un lenguaje en el que los ciudadanos se puedan expresar y el caso pueda ser discutido y decidido. Además, otra condición obvia para la responsabilidad penal y una precondition previa para la imputación, es que exista un lenguaje apropiado para llamar a responder al acusado ¿Cuál es ese lenguaje?

La respuesta obvia y, evidentemente, correcta, es que se trata del lenguaje de la ley: el lenguaje que expresa los requisitos a los que los ciudadanos estamos sujetos, las condiciones para la responsabilidad penal y los procedimientos que la determinan. Pero una pregunta posterior y crucial es: ¿de quién es el lenguaje? o ¿de quién debería ser ese lenguaje? si nos referimos al lenguaje en el cual el acusado es llamado para responder por un delito.

Hay otra respuesta igualmente obvia a la pregunta “¿de quién es el lenguaje?”. Es el lenguaje de los profesionales del derecho, más específicamente, de los jueces y de los abogados. Es un lenguaje en el cual, al menos ellos, se sienten como “en casa”. No sólo pueden entenderlo, como uno podría entender lo que se dice en una lengua extranjera sino que pueden usar el lenguaje para explicar los tipos de argumentos y juicios que derivan de él.

¿Pero qué ocurre con el acusado que no es generalmente un profesional del derecho? ¿Que sucede con el jurado o los jueces legos quienes podría tener que revocar un veredicto?

Nuevamente, hay una respuesta obvia a esas preguntas. El acusado y los otros participantes que no son profesionales, deben poder entender lo suficiente del lenguaje de la ley para poder participar en el juicio. Tienen que poder entender ellos mismos el lenguaje de la ley, o ser asistidos por aquellos que entiendan con fluidez ese lenguaje.

Debemos decir que esto es, precisamente, lo que ocurre. La tarea de los profesionales del derecho en un juicio (jueces, abogados, secretarios) no es sólo la de conducir el juicio sino también la de traducir el lenguaje de la ley, cuando sea necesario, en un lenguaje que los participantes legos puedan comprender (y para el abogado defensor, traducir la historia del acusado en el lenguaje de la ley).

Que el acusado (al igual que otros participantes no profesionales) deba ser capaz de entender los procedimientos, es una condición esencial para la legitimidad del juicio así como lo es el proceso que lo obliga a responder ante los cargos penales que enfrenta. Sería una farsa juzgar, o pretender juzgar, a alguien que no entiende el lenguaje del procedimiento mediante el cual está siendo juzgado y en el cual debe participar y responder. Su falta de comprensión puede deberse entre otras cosas, a sus propios trastornos (si, por ejemplo, no se encuentra en condiciones físicas de ser juzgado) o a que el tribunal le está hablando en un idioma extranjero que el acusado desconoce. En cualquiera de estos casos, su falta de comprensión afecta seriamente la legitimidad del juicio. Pero, ¿qué tipo de comprensión deberían poder tener el acusado y otros?

Primero, debe haber un entendimiento *normativo* y no solo *fáctico*. Esto quiere decir que el imputado no sólo tiene que poder entender que él actuó, en los hechos, de un modo específico prohibido por la ley penal. Tiene que poder entender que la conducta por la que es acusado es un delito penal. Tiene que entender los valores a la luz de los cuales su conducta es considerada un delito.

Segundo, tiene que ser una comprensión que le permita al acusado expresarse en el lenguaje de la ley y hablarlo en una auténtica primera persona.<sup>25</sup> Tiene que poder, no sólo expresar una afirmación normativa desconectada de un sistema de valores (que uno no comparta ni pueda compartir) sino que debe expresar enunciados normativos que, en primera persona, afirmen su propia aceptación de la ley y sus valores.

Estas dos afirmaciones reflejan una característica general de la relación de la ley (la relación que debería tener) con sus ciudadanos.

La ley se presenta a los ciudadanos no sólo como un conjunto arbitrario de reglas o de demandas apoyado por amenazas coercitivas. Tampoco lo hace como un juego esotérico cuyas reglas los ciudadanos deben obedecer pero no necesitan comprender. Por el contrario, se debe ver como un sistema de obligaciones, de demandas, que ellos pueden y deben aceptar porque están debidamente justificadas.<sup>26</sup> Ellos deben, por lo tanto, ser capaces de entender y aceptar los valores que justifican esas demandas y que las leyes personifican y protegen. Ésta es una condición mínima para que la ley sea suya y no algo ajeno que le imponen

Entonces, el acusado también tiene que ser capaz de entender que su acusación implica una infracción a sus obligaciones legales que pudo y debió aceptar. Solo así podrá entender por qué se lo acusa por una conducta incorrecta. Luego de eso, podrá responder adecuadamente a la acusación o entender el juicio.

De la misma manera, también, el jurado, los magistrados no profesionales, que tienen que determinar si el acusado es o no culpable, tienen que poder entender su tarea como la de determinar si es correcta la imputación por la comisión un delito. Tiene que ser posible para ellos hablar con la voz de aquellos que aceptan la ley y que vincule, genuinamente, al imputado como los vincula a ellos. Tienen que poder hablar, no solo en primera persona del singular sino también en primera persona del plural, nosotros, el jurado.

Ciudadanos, acusados y jurados deben poder comprender el concepto normativo en los términos en los que la ley define como sus obligaciones e identificar el tipo de conducta que se considera ilícita y así, entender aquellos conceptos que puedan usar en un auténtico discurso presentado en primera persona. Si este tipo de razonamiento no es accesible al acusado, una condición esencial para la responsabilidad penal y una precondition necesaria para la imputación penal estarían ausentes. De esta manera, el ciudadano no podrá entender o responder por la acusación que debe enfrentar

Esto no quiere decir que el acusado deba aceptar la ley que lo juzga. Los ciudadanos pueden ser obligados por leyes que no aceptan y los acusados llevados a juicio y ser condenados por este tipo de leyes. Sólo quiere decir que la ley debe ser accesible para él, representando valores y demandas que él pueda aceptar. La ley se debe dirigir al acusado para que éste acepte sus demandas como obligaciones genuinas, para que reconozca que deberá responder por lo que se lo acusa como un cargo por haber realizado una conducta ilícita y que, si es condenado, deberá aceptar lo que la sanción expresa.

Esto no quiere decir que los ciudadanos, acusados o jurados deban ser expertos en derecho, capaces de entender todos sus tecnicismos, como lo hace un abogado entrenado. Eso sería claramente absurdo. Lo que sostengo es que los ciudadanos deber ser capaces de entender a la ley

---

<sup>25</sup> Sobre los estándares normativos desapegados, ver J. Raz, 'Legal Validity', en Raz, *The Authority of Law* (Oxford University Press, 1979), 146, 153-9

<sup>26</sup> Ver mi *op. cit.*, n. 19 arriba, cap.3.

como una institución. También deben comprender y aceptar como vinculantes aquellos aspectos de la ley que influyen en sus conductas y que además son una fuente que puede exigir determinadas conductas y juzgarlas

Para que esto sea posible, y dado que los ciudadanos comunes no son abogados experimentados, el lenguaje de la ley no puede estar desconectado de su lenguaje ordinario, no-legal. En realidad, debería coexistir con el lenguaje utilizado corrientemente. Por supuesto, la ley va a incluir sus propios conceptos técnicos (si bien a menudo sirve como una barrera difícil de explicar y que excluye el entendimiento del lego). Obviamente, dará, en parte, significado técnico a conceptos que toma del lenguaje extra legal, con el fin de que estos conceptos sirvan al rol particular que ocupan en el contexto especial de la ley. Pero debe haber un puente, no muy largo ni muy lejano, que pueda llevar a ciudadanos ordinarios desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje de la ley para que ellos puedan expresar las partes relevantes del lenguaje de la ley en primera persona.

Ese puente es provisto por lo que podemos llamar, siguiendo a Bernard Williams, “los conceptos robustos” (*thick concepts*) de la ley. Los conceptos éticos “robustos” nos permiten descubrir el mundo, incluyendo acciones humanas, en términos de valores éticos sustantivos y específicos. Obviamente, hay ejemplos que incluyen conceptos como el coraje, la cobardía, la honestidad, la deshonestidad, la bondad y la crueldad. Esos conceptos, como dice Williams, “parecen expresar una unión de hecho y valor”.<sup>27</sup> Afirmar que una acción es valiente o cobarde, es describirla como siendo de un determinado tipo. También es describirla, si usamos la primera persona, como admirable o defectuosa a la luz del valor que ese concepto expresa (otro punto crucial acerca de esos conceptos es que revelan lo inadecuada que es la descripción entre hecho y valor que varios filósofos intentaron establecer. No se pueden analizar como criterios puramente fácticos, eso sumado a las etiquetas evaluativas que se añaden a las acciones que satisfacen esos criterios.)

Los conceptos éticos “robustos” son, tal como sugiere Williams, centrales para el pensamiento y entendimiento ético. Los conceptos legales “robustos” son igualmente centrales para que el lego puede entender la ley, que es una precondition de la responsabilidad penal. Los ejemplos más obvios de esos conceptos son aquellos que incluyen varios tipos de crímenes: el homicidio, la violación, el robo, las lesiones, el daño, el fraude, el manejo peligroso para terceros, amenazas, etc.<sup>28</sup> Esos conceptos forman el puente que existe entre lenguaje extra-legal y lenguaje de la ley: ayudan a identificar los varios tipos de delitos penales de una manera que los ciudadanos puedan reconocer fácilmente esos hechos como incorrectos, teniendo en cuenta los roles que esos conceptos extra legales juegan en sus vidas.

A esta altura, podría parecer que todo el trabajo anterior nos permite solamente arribar a una conclusión modesta. La ley, obviamente, contiene tipos de conceptos “robustos” que entiendo resultan ser cruciales. Estos conceptos están suficientemente conectados con su forma extra-legal y son comprensibles para cualquier ciudadano, acusado y jurados (si es necesario con cierta asistencia judicial). El lenguaje de la ley es el que los ciudadanos pueden hablar, cuándo y cómo lo necesiten. Sin embargo, las cosas no son tan simples.

<sup>27</sup> B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Fontana, 1985), 129; y ver cap. 8 en general.

<sup>28</sup> Por una discusiones interesantes sobre las ofensas no-fatales contra la persona, que pueden leerse como adoptando, implícitamente, este tipo de visiones, ver J. Gardner, ‘Rationality and the Rule of Law en Offences against the Person’ (1994) 53 Cambridge Law Journal 502; y J. Horder, ‘Rethinking Non- Fatal Offences against the Person’ (1994) 14 Oxford Journal of Legal Studies 335.

## 5 ¿El sueño comunitario o la pesadilla de MacIntyre?

“Para que el lenguaje sea un medio de comunicación”, dice Wittgenstein, “debe haber un acuerdo no sólo sobre definiciones, sino también (por más extraño que suene) sobre juicios y esto mismo (es o) depende “de un acuerdo...sobre la forma de vida”.<sup>29</sup>

El lenguaje de la ley es normativo, lo que implica que los ciudadanos comunes y abogados entrenados deben poder comunicarse. Sólo así, los ciudadanos van a entender la ley como una fuente de obligaciones. De este modo, los acusados van a poder entender y responder a los cargos que deben enfrentar. Así también el jurado va poder entender los juicios que tendrá que elaborar.

La comunicación necesita una comunidad lingüística con miembros que hablen, aunque con diferentes grados de fluidez, un lenguaje común. Pero una comunidad lingüística no puede consistir sólo en el acuerdo de sus miembros sobre las definiciones de sus conceptos. Ellos deben estar de acuerdo en el uso de los conceptos, esto es, en los juicios que hacen. Este acuerdo sólo es posible si comparten alguna forma de vida, algunos modos comunes de vivir, actuar y también de hablar- en la que sus juicios encuentren sentido.

¿Pero qué tipo y extensión de acuerdo se requiere? ¿Qué puede considerarse como una apropiada “forma de vida” en común?

Sea cual fuere, el acuerdo exigido debe ser consistente con un desacuerdo extendido: un lenguaje en común es uno en el cual podemos estar de acuerdo y también en desacuerdo. Cualquiera sea la forma de vida compartida necesaria tiene que ser consistente con amplias diferencias en modos de vida particulares. De otro modo, estaríamos descartando, a priori, la posibilidad de que una sociedad considerablemente pluralista pueda tener un sistema legal común y genuino.

Pero ese desacuerdo debe llevarse a cabo en un contexto de acuerdo, sólo así podrá ser considerado un desacuerdo y no meras diferencias mutuas por falta de comprensión. Podemos estar en desacuerdo acerca de qué debería incluirse en la ley como sobre la intención, la negligencia, el homicidio, el robo, la tentativa, así como también podemos estar en desacuerdo sobre la aplicación extra-legal de esos conceptos y sobre su significado moral. Pero esos desacuerdos sólo tienen sentido porque estamos de acuerdo en una amplia cantidad de circunstancias en las que, con total certeza y sin ningún tipo de controversia, esos conceptos deben aplicarse (y en una amplia cantidad de cosas en las cuales no estamos incluyendo esos conceptos). No estamos de acuerdo en el alcance y en el significado de esos conceptos pero estamos de acuerdo que deben aplicarse (y no hacerlo) en un gran número de casos. El acuerdo en juicios, dentro y fuera de la ley, es también un acuerdo sobre el significado de esos conceptos y es parte de lo que nos constituye como una comunidad legal y social: compartir una forma de vida social y legal en la cual diferentes sub-comunidades puedan encontrar su lugar.

Éste es, al menos, “el sueño comunitarista”. Es “comunitarista” porque apela a una idea (o a un ideal) de comunidad como una condición para la ley y una pre-condición para la responsabilidad penal. Es un “sueño” porque aún sus partidarios más optimistas acuerdan en que no es (todavía) completamente real. Es, en su mejor versión, parcialmente real, pero ellos creen que puede ser también llevado a cabo de un modo más completo.

Algunos podrían decir que el sueño es una fantasía y que la verdad está mas cercana a la “pesadilla de MacIntyre”. Los conceptos que acordamos aplicar son simples “fragmentos de un

<sup>29</sup> L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (trad. por G. E. M. Anscombe; Blackwell, 1963) parag. 242, 241.

esquema conceptual”, esto es, un esquema que, en cierto momento, tuvo sentido moral. Sin embargo, ese sentido ahora no existe, lo cual nos deja un mero “simulacro de moralidad”. Lo que presenté como “conceptos robustos” que dan un apoyo sustantivo a nuestro entendimiento ético ahora son etiquetas vacías, dado que ahora carecen del sostén social y conceptual que antes les daba sentido, esto es, “los contextos de los cuales derivaba su significado”. Ellos sirven, no para expresar nuestros juicios mutuamente racionales e inteligibles, sino, simplemente, como argumentos en el intento de ejercer el poder sobre la conducta y las actitudes de otros. Si nosotros estamos de acuerdo, o parece que lo estamos, en aplicar estos conceptos, podemos decir que todavía existe un vínculo sobre nosotros. Pero será un vínculo que carece de sustento racional. Si nos encontramos en un desacuerdo sin solución o en una confusión incurable sobre su aplicación ética y legal (como se muestra en los ejemplos del inicio del ensayo) estaremos ante un “grave desorden” que socava nuestras pretensiones de tener un entendimiento racional y compartido. Si bien continuamos usando expresiones como “hemos, perdido en parte o totalmente, nuestra comprensión teórica y práctica sobre la moralidad”.<sup>30</sup>

La verdad de nuestra condición presente es mucho más compleja y confusa que la sugerencia del sueño o de la pesadilla. La pesadilla puede ser inducida con facilidad (creo que así fue en MacIntyre) apelando demasiado a lo inadecuado de la teoría ética y demasiado poco al rol sustantivo que los “conceptos normativos robustos” juegan en nuestras vidas. Esto fue así debido a la confusión que existe entre la falta de una teoría adecuada con lo que se supone que tiene que ser teorizado y por aceptar una concepción excesivamente racional de lo que se requiere para que el pensamiento normativo sea racional y tenga sentido. Por otro lado, podemos caer muy fácilmente en el sueño por no pensar con cuidado suficiente sobre la identidad y sobre hasta dónde se extiende el “nosotros” que se supone que comparte este lenguaje y estos valores. Esto es así porque asumimos muy fácilmente que “nosotros” incluye a todas las personas que aparecen hablando el mismo lenguaje y cerrando nuestros ojos a la fractura de las realidades sociales que subyacen la superficie de la comunidad

Hay por supuesto, otra posibilidad: que nuestra sociedad no sea una genuina e inclusiva comunidad del tipo que el sueño refleja, o que ni siquiera sea una comunidad, como nos dice la pesadilla, sino una colección de pequeñas comunidades, entre las cuales la comunicación es, al menos, difícil. Sin duda existe una comunidad cuyos miembros pueden y hablan el lenguaje de la ley porque se trata de su propia voz, porque comparten los valores que la ley encarna y además se reconocen en ella. Una comunidad que incluye muchos de aquellos que se sienten como en casa, protegidos por las estructuras económicas y políticas de la ley (en parte porque la ley también los beneficia). Hay muchos otros que son obligados por la ley, incluso algunos que deben comparecer en los tribunales, que no pertenecen a esa comunidad (o que o se ven a si mismos como parte de esa comunidad). En dicha situación, no se sienten como “en casa” (en general, porque son seriamente e injustamente perjudicados por la ley) ni protegidos por la estructura política y económica de la ley. No reconocen como propios los valores que la ley declara; ellos escuchan la voz de ley y consideran que les habla en un lenguaje desconocido y que no pueden entender.

Esto parece sugerir que hay muchos a quienes la ley dice incluir -también aquellos que aparecen como acusados ante los tribunales- que no pueden acceder al lenguaje de la ley. No pueden hablar ese lenguaje normativo en primera persona, y no pueden entender las demandas de la ley, como un reclamo genuino dirigido a los miembros de la comunidad. Si esto de hecho es así,

---

<sup>30</sup> Ver A. MacIntyre, *After Virtue* (2nd ed; Duckworth, 1985) en particular caps 1-3; las frases citadas en este paragrafo provienen de p.2. Por un uso amigable de una crítica MacIntyriana, ver Norrie, op. cit. at n. 17.

entonces falta una precondition esencial para la responsabilidad penal. Ellos no pueden ser, correctamente, citados a responder en un lenguaje que no pueden hablar en primera persona.

Pero esta conclusión sería, seguramente, demasiado apresurada. Aunque puede darse que existan grupos particulares o muchos miembros de grupos particulares que sean (o sientan que son) ajenos a la ley, no puede decirse que el lenguaje de la ley es realmente inaccesible a ellos y que no puedan hablarlo en primera persona. Eso sería argumentar que los conceptos legales robustos que deberían proporcionar el puente entre el lenguaje de la ley y el lenguaje extra-legal normativo no se superponen o no se conectan con ninguno de los conceptos normativos que conforman sus vidas – esto es, que el lenguaje de la ley les resulta *conceptualmente* inaccesible. O, de modo similar, ello implicaría decir que, aunque el puente conceptual está allí, se trata de uno que ellos son incapaces de cruzar –esto es, que el lenguaje de la ley les resulta *sicológicamente* inaccesible. Ninguno de estas afirmaciones parecen afirmaciones plausibles acerca de lo que es conceptual o psicológicamente para individuos adultos y sanos que viven en esta sociedad.

Las personas no son, en su mayoría, psicópatas a quienes el lenguaje de la moral real les resulta extraño e inaccesible. El lenguaje moral que ellos hablan incluye los tipos de “conceptos robustos” que la ley establece. Estos conceptos tienen mas obviamente que ver con varios tipos de ataques, o puestas en peligro de personas o de su propiedad, y de varios tipos de deshonestidad o engaño. Estos conceptos no pueden tener el mismo significado, uno más importante o el mismo alcance que le da la ley en la vida moral extra-legal. Muchos miembros de grupos alienados o desventajados pueden no compartir la visión que establece la ley sobre la ilegalidad de algunos tipos de ataque a la propiedad o a las personas, o qué tipos de conductas constituyen formas ilegales de deshonestidad. Pero aún existe un puente conceptual, desde su lenguaje al lenguaje de la ley. Es por eso que no hay una razón para suponer que no es posible psicológicamente cruzar ese puente.

Sin embargo, no estoy seguro de que el requisito que establece que el lenguaje de la ley sea hablado por el ciudadano, en primera persona, sea adecuadamente satisfecho sólo con las condiciones conceptuales y psicológicas de accesibilidad. Dos consideraciones sugieren que el requerimiento (precondición de responsabilidad penal) puede incluir algo más que esto.

Hasta el momento sostuve que el requisito de accesibilidad conceptual tiene que ver sólo con el contenido de la ley: con los modos en que se definen ciertos crímenes. Sin embargo, mi comprensión sobre lo que se me dice, y la posibilidad de decirlo por mí mismo, no depende meramente del contenido de lo que se dice sino de la voz que lo dice: quien me habla, y en qué acento. En efecto, el contenido de lo que se dice, de lo que significa para quien lo escucha, no puede considerarse de forma asilada de la voz que lo dice. Por eso debemos preguntarnos, no si el lenguaje de la ley es, en abstracto, conceptualmente accesible a todos aquellos que pretende incluir, sino también con qué voz habla, o es escuchada. Debemos preguntarnos si es una voz que todos los ciudadanos escuchan como si fuera o pudiera ser suya. Si la ley le habla a los miembros de grupos injustamente alienados, pobres y desaventajados en una voz que ellos razonablemente ven (y escuchan), como perteneciente a poderes institucionales opresivos de los que ellos no son parte, el lenguaje podría ser conceptualmente accesible a ellos. Pero, dada la voz y las fuentes de las que surgen las palabras (y el modo en que se escuchan): ¿podríamos afirmar plausiblemente que, en la práctica, es accesible a ellos como un lenguaje que ellos realmente podrían hablar (o podrían esperar hablar) con su propia voz?

Esto nos lleva al segundo punto. Algunas afirmaciones sobre lo que las personas “podrían” hacer nos refieren, en ocasiones, no a lo que, en un sentido estricto, es psicológicamente posible para ellos (lo que requiere mayor explicación) sino, en cambio, a qué es lo que se puede esperar

razonablemente de ellos. Así, afirmar que alguien “no podría” resistir una amenaza (y debería, por tanto, ser exenta de reproche o de responsabilidad penal sobre la base de la coacción sufrida), implica, no que le fue imposible resistirla sino que no era razonable esperar o demandar que dicha persona la resistiera. Esta imposibilidad de resistirse no configura un defecto en su culpabilidad.<sup>31</sup> Ahora bien, decir, como dije antes, que es una precondition de la responsabilidad penal que el lenguaje de la ley sea uno que el acusado pueda “hablar” con su propia voz, implica decir que debe ser un lenguaje en el cual el acusado pueda, razonablemente, esperar hablar con su propia voz. Sólo con la satisfacción de dicha condición (y no meramente con la satisfacción de la mera condición de posibilidad psicológica) se puede justificar que la ley lo llame a responder por los cargos por los que es acusado. Debemos preguntarnos entonces, qué otras condiciones políticas, económicas, sociales y legales necesitan ser satisfechas si tal expectativa es razonable y, si esas condiciones se encuentran satisfechas en nuestra sociedad ¿Podemos honestamente insistir en que es razonable esperar que aquellos que son injustamente desaventajados por estructuras políticas y económicas que la ley protege, acepten el lenguaje de la ley que se les aplica a ellos como un lenguaje que pueden hablar con sus propias voces?<sup>32</sup>

(Debería aclarar que hablar, en este sentido, de lo “que es razonable esperar” de alguien, no implica hablar de la razonabilidad de una expectativa profética de lo que es probable que se haga; en cambio, implica hablar de la razonabilidad de una expectativa normativa, acerca de lo que se debería hacer, es decir, de exigir que se comporte de una determinada manera)

Consideren el caso de un padre que le habla a sus hijos adolescentes con el lenguaje de la honestidad, el respeto, la compasión, exigiendo que ellos lo traten a él y a los demás de acuerdo a esos valores. Imaginen, sin embargo, que su conducta hacia ellos es deshonesto, irrespetuosa y agresiva. Ese padre no puede razonablemente esperar o exigir que sus hijos acepten ese lenguaje como suyo; no porque sea conceptualmente inaccesible, o psicológicamente imposible para ellos aceptarlo, sino porque él no lo ha hecho accesible a ellos. La voz con la que él les habla (una voz determinada por su conducta hacia ellos) es una que constituye una barrera para la aceptación normativa de ese lenguaje, y no una que los induce a aceptarlo.

Cuando nos hacemos las preguntas que sugiero que nos hagamos, esto es, preguntas acerca de la voz en la que habla la ley y el modo en que es escuchada por los ciudadanos, no nos estamos preguntando por los aciertos o errores de la conducta legalmente prohibida. Tampoco implica que nos preguntemos, desde un lugar descomprometido o desde una visión divina, si quienes quiebran la ley están o no justificados para hacerlo, o si deben ser excusados por ello. Nos preguntamos, en cambio, si alguien puede exigirles apropiadamente que acepten y obedezcan la ley, y llamarlos a responder por sus presuntas infracciones. En particular, nos preguntamos si quienes hablan la voz oficial de la ley, en especial los tribunales y la policía, pueden hacerlo.

Las respuestas a estas preguntas no pretenden ser obvias ni simples. No parecen ser obvias porque no son obvias cuáles son las condiciones que deben darse para que el lenguaje de la ley sea razonablemente accesible a todos los ciudadanos. No parecen ser simples, porque no es plausible que seamos capaces de ofrecer una sola respuesta que trate sobre la ley como tal, en lugar de una serie de respuestas más complicadas que traten sobre diferentes aspectos de la ley, y sobre las diferentes voces que pueden ser oídas por diferentes grupos. Estas respuestas podrán tratar las leyes del homicidio y del abusos sexuales de modo diferente que a las leyes que involucren fraudes a la

<sup>31</sup> Ver mi “Choice, Character y Criminal Liability” (1993) 12 *Law and Philosophy* 345, 350-61

<sup>32</sup> Esta cuestión se encuentra conectada estrechamente con (de hecho es otra versión de) aquellas que referí al final de s. 3 arriba.

seguridad social y al hurto (decir que los órganos oficiales del derecho no puedan llamar a ciertos ciudadanos para responder por ciertos crímenes no significa decir que nadie los pueda llamar para responder. Los miembros de su comunidad inmediata pueden tener el estatus suficiente –del que los tribunales carecen- para llamarlos a responder).

Sin embargo, la exploración de posibles respuestas a estas preguntas constituye una tarea que debemos dejar para otra ocasión. Todo lo que esperé mostrar aquí es que identificar y examinar las precondiciones de la responsabilidad penal constituye una tarea muy importante. Una de esas precondiciones tiene que ver con la accesibilidad del lenguaje de la ley para aquellos a los que ley dice incluir, como un lenguaje que ellos puedan hablar en primera persona. Debemos preguntarnos seriamente, cómo y hasta qué punto es que dicha precondición se encuentra satisfecha. Puede que exista un puente que conecte el lenguaje de la ley con nuestro lenguaje extra-legal normativo: pero para algunos ciudadanos ese puente es tan largo, o tan empinado, que la ley no puede razonablemente demandar que ellos lo crucen.

---