

ENTREVISTA A ANTONY DUFF*

TRADUCCIÓN: ANTONELLA DI MARCO**

LyE: —*¿Cómo empezó a trabajar en el ámbito de la filosofía del castigo?*

Antony Duff: —En cierto modo, me fui dejando llevar poco a poco. Inicialmente, me formé en clásicos, en griego y latín y filosofía y pensé en hacer un posgrado en filosofía moral; así, el pensar en la responsabilidad me llevó un poco hacia el derecho penal. Además, fui a algunas clases que H. L. A Hart, quien luego se convirtió en el eminente filósofo del derecho, dio en Oxford. Él parecía interesante y más, no diría aburrido exactamente, pero sí menos comprometido, con la teoría moral puramente abstracta.

De esta manera, el derecho penal parecía un tipo de filosofía más seriamente aplicada para estudiar, así que de nuevo, volví a pensar en el derecho penal y en el castigo, especialmente. De modo que no hubo un arrebató de iluminación, me fui dejando llevar gradualmente hacia esa área y escribí un poco sobre el tema. Luego, descubrí que disfrutaba leer derecho, leer causas, disfrutaba leer derecho penal; era interesante. Así que al fin, hice más y más de eso, pero no hubo algo como una conversión inmediata hacia este tema.

LyE: —*¿Cuáles piensa que son sus principales aportes a la teoría del derecho penal?*

Antony Duff: —Con respecto al castigo penal, estuve desarrollando una teoría de la comunicación de acuerdo con la cual la finalidad principal del castigo es convertirse en un proceso bidireccional de comunicación entre la comunidad y el

* Antony Duff es experto en filosofía del derecho penal y especialista en fundamentos de la pena y de la responsabilidad penal. Es profesor de la Universidad de Minnesota (Estados Unidos) y profesor emérito de la Universidad de Stirling (Escocia), es fundador y co-editor de *Criminal Law and Philosophy*, co-director del Robina Institute for Criminal Law and Criminal Justice y miembro asociado del Scottish Consortium on Crime and Criminal Justice. Ha publicado, entre otros libros, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and Criminal Law*; *Criminal Attempts*; *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*; y *The Trial on Trial*.

Entrevista realizada el 19 de junio de 2014 por los integrantes del Consejo de Redacción de la Revista *Lecciones y Ensayos*: Alejandro Fernández, Patricio Enrique Kenny, Francisco Sáez Zamora y María Julieta Sarmiento. Agradecemos la colaboración en la confección de las preguntas a Ezequiel Horacio Monti.

** Estudiante de Traductorado Público (UBA).

delincuente: una comunicación de censura y de entendimiento de la ilicitud del delito, de la comunidad hacia el delincuente; y, a cambio, una comunicación formal de disculpa y reparación, del delincuente hacia la comunidad. También trabajé mucho sobre los principios generales de la responsabilidad penal: por ejemplo, sobre la significación (y significado) de la intención e imprudencia en el derecho penal y sobre hasta qué punto la responsabilidad debería ser construida en términos “subjetivistas” u “objetivistas”.

Más recientemente, estuve desarrollando una explicación relacional más explícita de la responsabilidad penal, como una respuesta por la conducta de alguien hacia quienes tienen legitimación para llamarlo a responder: esto hace que el proceso penal, como proceso de rendición de cuentas, sea más importante de lo que es para muchos teóricos, y también nos hace pensar sobre los tipos de relaciones (relaciones políticas, ya que el derecho penal es una institución política) que deben establecerse para que el derecho penal sea legítimo. Actualmente, también estoy trabajando en el problema de la criminalización: ¿qué tipo de principios o reflexiones deberían guiar las decisiones sobre qué conductas penalizar? Parte de mi tesis, la cual pretendo desarrollar en mi próximo libro, es que las teorías del derecho penal y de la criminalización con frecuencia comienzan en el lugar equivocado. Se preguntan directamente qué principios deberían determinar el alcance del derecho penal (¿tenemos, por ejemplo, buenas razones para penalizar todas y sólo las conductas dañosas o todas y sólo las conductas ilícitas?): pero en cambio, deberíamos empezar por preguntarnos sobre la naturaleza de la comunidad política a la cual pertenecerá este derecho penal, sobre lo que hay que entender como su labor colectiva (su *res publica*). Una vez que tenemos una descripción de esa *res publica*, del ámbito público de la organización política, podemos comenzar por preguntar qué papel puede desempeñar adecuadamente el derecho penal dentro de ese ámbito como parte del aparato político de la comunidad.

LyE: —¿Cuál es la importancia de la teoría política en el derecho penal?

Antony Duff: —Es crucial. No sé lo suficiente sobre teoría jurídica latinoamericana pero, sin lugar a dudas, por mucho tiempo en Gran Bretaña y Estados Unidos, los filósofos dedicados a la teoría del castigo y del derecho penal se mantuvieron alejados de la teoría política como si ésta fuera innecesaria. De acuerdo con ellos, el castigo podía ser justificado como el ejercicio de la filosofía moral; por ejemplo, lo que es merecido al cometer un hecho ilícito. Pero si entendemos que el castigo, como parte del derecho penal, es una institución política, veremos que si vamos a justificar el derecho penal, necesitamos justificarlo como parte de un aparato político. Entonces, la teoría política nos da una punta sobre toda la empresa que representa el derecho penal como parte del Estado. Ese es el problema general: uno siempre necesita una teoría política que de una punta sobre la teoría penal. En

los últimos años, también he llegado a comprender más claramente la importancia de pensar al derecho penal y al castigo no como estructuras abstractas, sino como instituciones concretas, en las que las personas les hacen algo a otras personas, la gente castiga, imparten derecho y así sucesivamente. Pero siempre necesitamos preguntarnos quién está haciendo qué a quién. Si uno piensa en términos relacionales el derecho siempre es relacional. Los funcionarios, algunos empleados de ciertas instituciones deben hacer algo. ¿Quiénes son los agentes acá?, ¿tienen razón en actuar?, ¿tienen razón en castigar?, ¿tienen razón en procesar a alguien? Y de nuevo, esas preguntas deben ser respondidas en relación con la teoría política y no meramente con teoría moral, porque estamos trabajando sobre una práctica que es política. Tenemos que analizar el sistema político dentro del cual estos funcionarios tienen este poder legítimo de vigilar, procesar, de castigar.

LyE: —*¿Cuáles son los principales problemas del derecho penal hoy en día?*

Antony Duff: —De nuevo, desde mi punto de vista, en la práctica creo que hay tres problemas principales. Uno es simplemente el castigo excesivo. Castigamos muy severamente y de manera muy frecuente. Utilizamos demasiado la cárcel y para encarcelar a muchas personas. Entonces, el problema es cómo castigamos y la dureza del castigo, especialmente en el derecho estadounidense y en el británico también. Tenemos altas tasas de encarcelamiento en comparación con gran parte del resto del mundo. Por lo tanto, uno de los problemas es cómo hacemos para que el impacto del castigo sea más moderado.

El segundo problema se relaciona con el alcance del derecho penal y la tendencia en Gran Bretaña y Estados Unidos de expandirlo continuamente. Si se percibe un problema social, los gobiernos generalmente utilizan el derecho penal para resolverlo. El derecho penal parece ser una manera fácil de mostrar que las cosas se están haciendo de forma seria. Así, los gobiernos dicen: “Sí, usamos el derecho penal para demostrar que los problemas son tomados en serio”. Y pensamos que estamos trabajando con formas eficientes para resolver problemas como el terrorismo. Así, el terrorismo está generando nuevas leyes penales, que tipifican como delitos más y más tipos de conductas. Es decir, que el derecho penal se está expandiendo cada vez más. El problema radica en cómo lograr que su alcance sea más moderado.

El último problema está relacionado con la teoría política y la legitimidad del derecho penal: ¿cómo puede el derecho penal funcionar legítimamente en una sociedad injusta? Vivimos en sociedades que son en varias formas desiguales, en varias formas injustas, muchos de quienes comparecen en juicio como acusados también se han visto perjudicados por diversos tipos de injustas desventajas, ya que pertenecen al grupo de los menos acomodados, la parte menos aventajada de la sociedad. Les hemos negado sus derechos cívicos en relación con la educación, el bienestar, entre otros. Esto plantea una importante pregunta, de nuevo en relación

con la teoría política: ¿Qué podemos hacer con el derecho penal cuando éste requiere una legitimidad dada en un contexto razonablemente justo para poder funcionar? Pareciera como si no pudiéramos simplemente decir: “violaste tu propia ley” a un ciudadano que ha padecido varias injusticias, porque el derecho penal presupone una comunidad política auténtica, en la que las personas son tratadas como iguales. Entonces, el problema es cómo podemos hacer que el derecho penal sea legítimo y cómo podemos reconstruir su autoridad.

LyE: —¿Cuál es su opinión sobre el abolicionismo?

Antony Duff: —Creo que las ideas abolicionistas defendidas por teóricos como Nils Christie y Louk Hulsman son bastante erradas por una cuestión de principios. Parte del problema es que las personas como Christie describen de forma equivocada las sanciones penales y exageran la idea de infligir dolor. Si el castigo sólo se basara en esto, definitivamente me gustaría abolirlo: el mero hecho de causar dolor no tiene ningún papel que desempeñar en un sistema de derecho penal decente. Pero el castigo no debería ser visto en esos términos. El objetivo principal del derecho penal es tomarse en serio ciertos tipos de hechos ilícitos. Una de las preocupaciones de Christie es que no le gusta hablar de hechos ilícitos o de la intervención del Estado. Pero necesitamos tomarlos en serio.

Así que yo diría que, colectivamente, como comunidad, reconozcamos estos tipos de ilícitos como parte de nuestra labor colectiva y como hechos que requieren cierto tipo de respuesta. No son meros daños, no son meros problemas que necesitan ser resueltos, es hacerle un mal al otro. Y la manera de responder a estos hechos ilícitos es tratando de llamar a quien los comete a responder, y eso es lo que hace el derecho penal: llama a responder por lo que se le ha hecho a los ciudadanos lesionados. Y a eso debería referirse el proceso penal. El castigo tiene un papel que desempeñar, un modesto papel, como parte de este sistema. Pero el castigo no es simplemente cuestión de hacer sufrir a alguien, de infligir dolor: es cuestión de dejar en claro la naturaleza del ilícito y por qué es importante.

En cierta forma, el abolicionismo es fuertemente motivado por un adecuado tipo de preocupación, la indignación por la manera en la que en realidad tratamos a los delincuentes. Si uno visita alguna de las cárceles estadounidenses, verá cuanta falta de humanidad hay y te hace pensar “esa no es manera de tratar a un ser humano”. En tal grado el abolicionismo se centra en lo que sucede realmente en la práctica, que podemos estar de acuerdo en que eso es lo que debería ser abolido. Pero no deberíamos entonces decir que tenemos que abolir el derecho penal o el castigo, deberíamos decir que tenemos que reformar la pena para que el derecho penal se convierta en lo debería ser. Creo que deberíamos tomarnos en serio, de forma colectiva y desde el punto de vista de la estructura política, el reconocer e identificar a los hechos ilícitos como ciertos tipos de males que nos conciernen a todos. El derecho

penal tiene esa función. Por lo tanto, estoy totalmente a favor de una reforma radical y también de lograr que el derecho penal tenga un alcance e impacto más modesto, pero no de la abolición.

Y lo mismo sucede con respecto al encarcelamiento. De nuevo, estoy seguro de que encarcelamos a demasiadas personas por demasiado tiempo, y de nuevo, sin lugar a dudas ese es el caso de Gran Bretaña y Estados Unidos. Pero la cárcel debería ser un lugar para los delitos más serios y por un período limitado. Porque es una manera de dejar en claro, simbólicamente, que este tipo de delito es tan serio que socava la posibilidad de comunidad. Lo que sea que uno haya hecho, por ejemplo un asesinato, el delito que uno haya cometido, no se puede vivir con esa persona como si todo estuviera bien. Hay un tiempo para ser recluso, pero sólo por un tiempo y bajo ciertas condiciones. Entonces, de nuevo, diría que debemos limitar el uso de las cárceles, reformarlas, pero no abolirlas.

LyE: —*¿Cuál cree que es la relación actual entre la democracia y el sistema de justicia penal?*

Antony Duff: —Un punto de vista popular entre los teóricos es que la democracia es peligrosa para el derecho penal, porque creen que si uno apela al populismo, si uno fortalece demasiado la democracia, si la gente gana mucho poder, serán demasiado punitivos o, incluso, más duros.

Por lo tanto, muchas teorías desconfían de la democracia y reservan la política penal para grupos de especialistas que puedan hacer lo esencial y ser racionales. Creo que esa es una visión muy pesimista. Un hecho interesante, a partir de la evidencia que he visto en Gran Bretaña y Estados Unidos, es que si uno hace encuestas de opinión sobre el castigo y pregunta, por ejemplo: “¿Pensás que deberíamos volver a adoptar la pena de muerte?”, responderían “Sí, el castigo debe ser muy severo”. Generalmente, ésta es la respuesta a un delito particularmente horrible incentivada por la prensa popular. Así que la respuesta inmediata es, con frecuencia, muy punitiva...

Discutamos realmente esta situación. Sentémonos y hablemos realmente del asunto. Acá hay algo de información sobre el delito, el delincuente, el castigo, etcétera: cuanto uno más delibera, cuanto uno más habla, las personas serán más moderadas y modestas en sus puntos de vista sobre el castigo. Si uno ve a la democracia como algo más que sólo ir a votar cada un par de años o cuando hay un referéndum, si uno ve la democracia como un debate, un auténtico debate público sobre políticas públicas, podemos esperar ver surgir un tipo de política democrática auténtica que sea sensata, humana y racional. Así que espero que, al promover la democracia, ésta pueda generar un tipo apropiado de derecho penal. Es una esperanza más que una firme expectativa.

Creo que si nos tomamos en serio la democracia, entonces el derecho penal debe ser algo que podamos ver como nuestro derecho penal, normas hechas por nosotros y por medio de las cuales nos obligamos. Eso es lo que el derecho penal debe proponerse lograr, aunque con frecuencia no se logra. Pero ese tiene que ser el objetivo. Es cuestión de encontrar los tipos de procesos políticos que puedan hacerlo posible.

LyE: —*¿Hay nuevas formas de castigo que se correspondan más con su perspectiva del derecho penal?*

Antony Duff: —No muy recientes. Hay formas, que con certeza existen, pero no han sido lo suficientemente utilizadas. Estoy a favor de las alternativas que pueden ser más productivas, más plausibles.

En primer lugar, la libertad condicional, que en Gran Bretaña es formalmente un castigo más que otra cosa. La libertad condicional supone, como mínimo, que uno deba presentarse regularmente, quizás una vez por semana, ante el funcionario encargado de vigilar a las personas en libertad condicional, y una evaluación de su progreso. Se le puede llegar a exigir al delincuente que asista a algún programa, por ejemplo para enfrentar problemas con las drogas o con el alcohol. Es una forma constructiva de abordar la comisión de un hecho ilícito, pero es sólo una de las maneras. La libertad condicional puede ser una manera de abordar, y así reparar parcialmente, el mal ocasionado. Ese es uno de los modelos.

El otro tipo de castigo es el llamado “servicio comunitario”. El mismo es ordenado por el juez en su sentencia: se le exige al delincuente que cumpla con una determinada cantidad de horas de trabajo no remunerado en un proyecto específico. El proyecto debe ser diseñado para beneficiar a la comunidad dependiendo de las habilidades de uno, como juntar la basura o arreglar casas.

En ambos casos, la libertad condicional y el servicio comunitario, a diferencia del encarcelamiento, se mantiene al delincuente dentro de la comunidad, no se lo excluye, es uno de nosotros. Es una forma vívida de recompensar el ilícito cometido, es una reparación por lo hecho. Y, básicamente, puede ser un tipo de castigo mucho más constructivo. Las multas, en cambio, pueden fácilmente colaborar en que un delito sea visto como algo por lo que uno puede simplemente pagar en términos materiales. Y la cárcel es lo más cercano a la exclusión. Por lo que podemos considerar a la libertad condicional y al servicio comunitario como formas de castigo más constructivas y hacer más uso de ellas.

LyE: —*¿Cuál es su opinión sobre el derecho penal internacional? ¿Es una especie de amenaza a la auténtica respuesta democrática al delito?*

Antony Duff: —Estoy muy poco seguro del derecho penal internacional. Pienso que, en general, cuando un delito es cometido dentro de un país en específico, como los “delitos de lesa humanidad” o delitos contra los ciudadanos cometidos por o con la confabulación de los propios funcionarios, entonces, de forma ideal, el juicio por ese delito se deber llevar a cabo dentro de ese país: los autores del delito deberían responder ante sus ciudadanos sobre lo que hicieron; un país debería procesar a sus propios delinquentes. Desde este punto de vista, sólo se hace lugar a un tribunal penal internacional cuando esto es imposible o cuando el país le falla a sus propios ciudadanos. Es decir que el derecho penal internacional serían más un respaldo, un recurso (si prefieren), por si el país fracasa. Esto no equivale a decir que una parte extranjera entra al proceso y nos impone o nos quita el caso que estamos tratando. El derecho penal internacional podría ser una alternativa de apoyo o de resguardo más que una alternativa intrusiva.

De lo que no estoy seguro es de lo siguiente. Si uno lee el Preámbulo del Tratado del Corte Penal Internacional (CPI), se expresa como si la CPI debiera hablar en nombre de la humanidad y llamar a responder a quienes cometieron delitos que conciernen a toda la humanidad. Esta retórica de responder no sólo a ésta o aquella organización política local, sino a toda la humanidad. Y sí, eso suena maravilloso, la humanidad se compromete en forma conjunta en reparar los ilícitos cometidos. Pero, ¿cuál sería esa hipotética “humanidad” en este contexto? ¿Qué tipo de comunidad puede ser esta “humanidad”? Tengo muchas inquietudes al hablarse en esos términos. ¿Existe realmente una comunidad política de toda la humanidad? No está claro si existe o no. Y, por supuesto, la preocupación obvia es que la CPI sólo llama a cierto tipo de gente a responder, especialmente personas provenientes de África. Por lo tanto, no hay una auténtica comunidad política de la humanidad que llame a responder a los todos los que cometen ilícitos. Las acciones de la CPI son, hasta ahora, altamente defectuosas. No estoy seguro, sin embargo, de que toda esta iniciativa esté destinada a fallar o si, en cambio, está más bien dando sus primeros pasos hacia algo ambicioso.

Mientras tanto, debemos resolver en nombre de quién habla la CPI. Los tribunales nacionales hablan en nombre de una organización política en particular, hablan por Argentina o Inglaterra; sabemos en nombre de quien pretenden hablar. Pero, ¿en nombre de quién habla la CPI? Creo que no hay una respuesta clara a esa pregunta.

LyE: —*En su trabajo, usted ha dado razones en contra de uno de los mayores principios de la tradición liberal con respecto a los límites morales del derecho penal, a saber, el principio del daño. ¿Por qué piensa que deberíamos rechazarlo (al menos en su lectura liberal)? ¿Qué razones deberíamos aceptar como los fundamentos adecuados para la criminalización?*

Antony Duff: —No quiero rechazar el principio del daño, le daría un alcance limitado. El error radica en pensar que existe algún principio que sea *el* principio del derecho penal. Eso es simplemente incorrecto. Existen muchos tipos de ilícitos que deberían incumbirle al derecho penal. La comisión del hecho ilícito es crucial, ya que es tarea del derecho penal identificar y censurar estos hechos cuya comisión es, además, condición para la criminalización. Criminalizamos lo que es ilícito.

Entonces, debemos preguntarnos: ¿qué principios deberían guiarnos para decidir qué tipos de ilícitos penalizar? Y el daño tiene un papel que desempeñar. Una cuestión importante es el ilícito que causa un daño, de cierto tipo, y que por ese motivo es admisible para ser penado. Así que no quiero descartar el principio del daño como si no tuviera ningún papel que desempeñar, pero no es el único principio importante, y creo que es un error pensar que debería serlo porque si uno trata de convertirlo en el único principio, entonces lo extiende. Se extiende el significado de daño para abarcar más y más tipos de conductas que uno quiere tipificar como delitos, para describir una conducta como de alguna u otra forma dañina, y entonces, el principio del daño se termina convirtiendo en algo muy vago como para ser un verdadero principio.

La criminalización es un asunto muy complicado: no hay un único principio, no hay un conjunto de principios rectores. Diversos asuntos deben ser tenidos en cuenta con respecto a la criminalización. Y de hecho, necesitamos empezar no con el daño o con la noción de cometer un hecho ilícito, sino por definir, con relación al debate político, la esfera pública: ¿cuál es nuestra labor colectiva, como organización política, cuáles son nuestras tareas específicas? Éste es el ámbito en el que opera el Estado. Luego si estamos dentro de ese ámbito e identificamos la comisión de un hecho ilícito, ése es el momento en el que el derecho penal aparece señalando el ilícito. A veces porque se está causando un daño o una ofensa. Hay muchas y variadas razones que pueden entrar en juego como motivos de criminalización. Por lo tanto, el principio del daño tiene un papel que desempeñar, pero es limitado.

LyE: —*¿Estuvo leyendo últimamente algún autor interesante que esté actualmente tratando la filosofía del castigo?*

Antony Duff: —Hay muchísimos teóricos interesantes que actualmente están escribiendo sobre derecho penal y el castigo. Para nombrar a algunos de ellos en la tradición anglo-americana: Doug Husak, David Garland, Jonathan Simon, Mitch Berman, Michelle Dempsey, Kim Ferzan, Adil Haque, Alec Walen en Estados Unidos; Malcolm Thorburn y Vincent Chiao en Canadá; y en Gran Bretaña Nicola Lacey, Victor Tadros, Alan Norrie, Peter Ramsay, Ian Loader.

LyE: —*Siempre ha insistido en las condiciones previas para la responsabilidad penal, ¿cuál es su importancia en sociedades profundamente desiguales como Argentina? ¿Su teoría implica que el Estado no debería castigar a aquellas personas a quienes la sociedad ha fallado en integrarlos como ciudadanos iguales?*

Antony Duff: —No es tan simple, ese es el problema. Quiero decir, esa es la primera etapa que usted observa: castigar, tener el derecho de castigar. Déjenme retroceder una etapa. Una persona es llevada a juicio, es llamada a responder, es condenada y castigada como miembro del Estado. Miren, uno comete este ilícito y tenemos derecho a castigarlo y pedirle que responda. Pero sólo tenemos ese derecho si en el pasado lo hemos tratado como un ciudadano. Si lo hemos tratado injustamente, entonces, eso socava nuestra legitimación para pedirle que responda. Por eso es problemático castigar a quienes han padecido injusticias sociales. Pero si luego decimos que no podemos hacer nada, eso es todavía peor ya que eso sólo dejaría a las víctimas desasistidas. No podemos simplemente decir que nuestras manos están atadas, que no podemos hacer nada, tenemos que hacer algo.

Entonces, tenemos que encontrar una forma para combatir el delito y al mismo tiempo combatir e identificar la injusticia sufrida por el delincuente. Por lo tanto, nada de lo que hagamos será con las manos limpias. No hay una manera perfecta, pero tenemos que encontrar la forma de combatir la injusticia pasada y al mismo tiempo los delitos actuales. Es cuestión de encontrar un mecanismo a través del cual podamos hacerlo: debemos encontrar formas de combatir la injusticia por medio de una reforma política y, mientras tanto, encontrar formas en las que el proceso penal, ya sea durante o después del juicio, pueda por sí mismo reconocer, al menos, que quienes habían sido castigados, están siendo tratados injustamente por ese mismo castigo. Se trata de encontrar formas institucionales que puedan reconocer la injusticia y al mismo tiempo responder por la comisión del ilícito. Es un dilema, por un lado nos falta el derecho de castigar a las personas que han sido tratadas injustamente y, por el otro, no podemos simplemente no hacer nada, no podemos negarnos a castigar cuando hay un ilícito porque, después de todo, hay víctimas de ese hecho. Por lo tanto, hay un gran problema que enfrentar, un problema que no tiene mucho que ver con el derecho penal, sino con nuestras estructuras políticas y sociales las cuales involucran al derecho penal.

LyE: —*Muchas gracias por su tiempo.*

Antony Duff: —Encantado de conocerlos.



INTERVIEW TO ANTONY DUFF*

Lecciones y Ensayos: —*How did you start on philosophy of punishment?*

Antony Duff: —I kind of drifted into it. I was trained initially in classics, in Greek and Latin, and in philosophy, and I did postgraduate work in moral philosophy, thinking about responsibility, which brought me a bit into criminal law. And I went to some classes that H. L. A. Hart gave in Oxford. He was then the eminent legal philosopher. He seemed interesting, and I found that I was, I would not say exactly bored by, but less committed to the purely abstract kind of moral philosophy.

The criminal law seemed a more seriously applied kind of philosophy to do, so I began thinking about criminal law, and about punishment especially. So there was no flash of illumination; I drifted gradually into that kind of area and wrote a bit about it. And then I found I enjoyed reading cases, I enjoyed reading criminal law; it was interesting. So I did more and more of that. But there was not some sudden conversion into this area of research.

LyE: —*What do you think are your main contributions to criminal law theory?*

Antony Duff: —In relation to criminal punishment, I've been developing a communicative theory according to which the central purpose of punishment is to become a two-way process of communication between the community and the offender: a communication of censure, and of an understanding of the wrongness of the crime, from community to offender; and, in return, a formal communication of apology and reparation from offender to community. I've also done quite a lot of

* Antony Duff is an expert on philosophy of criminal law and specialist in the basis of punishment and criminal responsibility. He is professor at the University of Minnesota (United States of America) and professor emeritus at the University of Stirling (Scotland). He is founder and co-editor of *Criminal Law and Philosophy*, co-director of the Robina Institute for Criminal Law and Criminal Justice and associate member of the Scottish Consortium on Crime and Criminal Justice. He has published, among other books, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and Criminal Law*; *Criminal Attempts*; *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*; and *The Trial on Trial*.

Interview made on June 19, 2014 by the members of the Editorial Council of *Lecciones y Ensayos* Review: Alejandro Fernández, Patricio Enrique Kenny, Francisco Sáez Zamora and María Julieta Sarmiento. We express thanks to Ezequiel Horacio Monti for his collaboration in the elaboration of the questions.

work on the general principles of criminal liability: for instance on the significance (and meaning) of intention and recklessness in criminal law, and on the extent to which liability should be constructed in ‘subjectivist’ or in ‘objectivist’ terms. More recently, I have been developing a more explicitly relational account of criminal responsibility, as a matter of answering for one’s conduct to those who have the standing to call one to account: this makes the criminal process, as a process of calling to account, more important than it is for many theorists, and also makes us think about the kinds of relationship (political relationships, since the criminal law is a political institution) that must be in place if criminal law is to be legitimate. I am also now working on the problem of criminalization: what kinds of principle or consideration should guide decisions about what kinds of conduct to criminalize? Part of my argument, which I aim to develop in my next book, is that theories of criminal law and criminalization too often start in the wrong place. They ask straight away what principles should determine the scope of the criminal law (do we, for instance, have good reason to criminalize all and only types of harmful conduct, or all and only types of wrongful conduct?): but we should start instead by asking about the nature of the political community whose criminal law this is to be, about what it is to understand as its collective business (its *res publica*). Once we have an account of that *res publica*, of the polity’s public realm, we can begin to ask what role the criminal law can properly play within that realm as part of the community’s political apparatus.

LyE: —*What is the relevance of political theory for criminal law?*

Antony Duff: —It is crucial. I do not know enough about Latin-American legal theory, but certainly in Britain and America for a long time philosophers doing punishment theory and criminal law theory kept away from political philosophy as if this was unnecessary. Punishment, they thought, could be justified as an exercise in moral philosophy—for instance as what is deserved for wrongdoing. But if we recognize that punishment, as part of the criminal law, is a political institution, we’ll see that if we are going to justify criminal law we need to justify it as part of a political apparatus. So political theory underpins the enterprise of criminal law as part of the state. That is the general problem: you always need a political theory to underpin your criminal theory. I’ve also come to realize more clearly in recent years how important it is to see criminal law and punishment not as abstract structures but as concrete institutions, in which people do things to other people, people punish, they administer law and so on. Always we need to ask ourselves who is doing what to whom. If you think in relational terms, law is always relational. Something must be done by officials, some employees of certain institutions. Who are the agents here? Do they have the right to act? Do they have the right to punish? Do they have the right to put this person on trial? And again, those questions must be answered in terms of political theory, not merely of moral theory, since we are dealing with a

political practice. We must discuss the political system within which these officials have this kind of legitimate power to police, to put on trial, to punish.

LyE: —*Which are the main problems of criminal law nowadays?*

Antony Duff: —Again, speaking from my own perspective, in practical terms there are, I think, three main problems. One problem is simply over-punishment. We punish too harshly, too often. We use prison far too much and to imprison too many people. So the problem is how we punish and the harshness of punishment, especially in American law and in Britain too. We have high rates of imprisonment compared too much of the rest of the world. So one problem is how we make punishment more moderate in its impact.

The second problem is about the scope of criminal law and the tendency, in Britain and the US, to always expand criminal law. If there is a perceived social problem, governments often reach for the criminal law as a way to address it? Criminal law seems to be an easy way to show that things are being done in some serious way. Governments can say: “yes, we use criminal law to show that we are taking the problem seriously”. And we think we are dealing with efficient ways to solve problems such as terrorism. Terrorism is producing new criminal laws, which criminalize more and more kinds of conduct. So criminal law spreads and spreads. The problem is how we can make criminal law more moderate in its scope.

The last problem is related to political theory and the legitimacy of criminal law: how can criminal law function legitimately in an unjust society? We live in societies that are in various ways unequal, in various ways unjust; many of those who appear in court as defendants have suffered various kinds of unjust disadvantage, as they are members of the less well-off, less advantaged parts of the society. We have denied them their civic rights in relation to education, welfare and so on, and then, But this raises an important question—again as a matter of political theory: what we can do with criminal law when criminal law requires legitimacy in a reasonably just context to operate? It seems as if we cannot just say: “you broke the law which is your law” to a citizen who has suffered from various injustices. Because criminal law presupposes a genuine political community, in which people are treated as equals. So the problem is how we can make criminal law legitimate and how we can rebuild its authority.

LyE: —*What is your opinion about abolitionism?*

Antony Duff: —I think that the abolitionist ideas advocated by theorists like Nils Christie and Louk Hulsman are deeply misguided as matter of principle. Part of the problem is that people like Christie misportray criminal punishment, and, exaggerate the idea of delivering pain. If punishment was just a matter of delivering pain, I’d certainly want to abolish it: the mere delivery of pain has no part to play in

a decent system of criminal law. But punishment shouldn't be seen in those terms. The main point of criminal law is to take seriously certain kind of wrongdoings. And one of Christie's worries is that he doesn't like to talk about wrongdoings, or allow the state to intervene on such issues. But we need to take wrongdoing seriously.

So I would say, collectively, as a community, we should recognize certain kinds of wrong as wrongs that are our collective business, and as wrongs that require certain kind of response. They aren't just harms, they aren't just "troubles" that need to be dealt with, they are wrongs that we do to each other. And the way to respond to wrongdoing is to try to call the wrongdoer to account, and that is what criminal law does: it calls you to answer for what you have done to the offended citizens. And that's what the criminal trial should be about. And punishment has a part to play, a modest part to play, as part of that system. But punishment should not be a matter simply of making someone suffer or imparting pain: it is a matter of making clear the nature of the wrong and why it matters.

Abolitionism, in a way, is deeply motivated by a proper kind of concern, it is disgusted by the way we in fact treat criminals. You visit one of the American prisons, you see how much inhumanity is there, and you think "well, that's not a way of treating a human being". Insofar as abolitionism focuses on what in practice goes on, we can agree that that's what should be abolished. But we shouldn't then say that we therefore have to abolish criminal law or punishment; we should say that we have to reform punishment so the criminal law becomes what it should be. And I think that we should be serious collectively —again as a matter of political structure— about recognizing and identifying wrongdoing for certain kind of wrongs that concerns us all. The criminal law has that function. So, I'm fully in favor of radical reform and of making a criminal law much more modest in its scope and its impact, but not of abolition.

And then the same goes for imprisonment in particular. Again, I'm sure we imprison far too many people, for far too long, certainly again in Britain and the US. Prison should be a place for the most serious kinds of crime and for limited term. Because is a way of making clear, symbolically, that this kind of crime is so serious, that it undermines the possibility of community. Given what you've done, given a murder, the crime you've committed, we can't just live with you as everything was fine. There's a time to be secluded, but only for a time and only under certain conditions. So, again, I would say we should limit prison, we have to reform our prisons but not to abolish them.

LyE: —*What do you think is the current relation between democracy and criminal justice system?*

Antony Duff: —One kind of popular view among theorists is that democracy is dangerous for criminal law, because they think that if you appeal to populism, that

if you strengthen democracy too much, if people take too much power, they will be over-punitive or they will be even harsher.

So, many theorists distrust democracy. They would reserve criminal policy for groups of specialists who can do the essential and be rational. I think that is too pessimistic. One interesting fact, on the evidence I've seen from Britain and the US, is that if you just take opinions polls about punishment, for instance "do you think we should bring back the death penalty?", people would often say "yes punishment should be very harsh" in response to the opinion poll. Often this is the response to a particularly horrible crime encouraged by the popular press. So the immediate response is often very punitive..

But let's actually have a discussion. Let's sit down and let's actually talk about this. And here there is some information about the crime and the offender and the punishment and so on. The more you deliberate, the more you talk, the more people will become more moderate and modest in their views of punishment. If you see democracy not just as a matter of voting every few years or whenever there is a referendum, but as a matter of deliberation, genuine public deliberation about public policy, we can hope that we will see emerging a genuinely democratic kind of penal policy which is sensible, humane and rational. So, I will hope that by promoting democracy, democracy could generate an appropriate kind of criminal law. That's hope rather than a firm expectation.

I think that if we are serious about democracy, then the criminal law must be something we can see as our criminal law, the norms that we have made, the norms by which we bind ourselves. That is what criminal law must aim to achieve. It often doesn't achieve it. But that has to be the aim. It is a matter of finding the kinds of political process which could make that possible.

LyE: —*Are there other new ways of punishment that are more consistent with your perspective of criminal law?*

Antony Duff: —Not brand new ways. There are ways, which certainly exist, but have not been enough used. I am in favor of alternatives which could be more productive, more plausible.

First of all, probation, which in Britain is formally a punishment rather than something other than punishment. Probation involves, minimally, that you must report regularly, perhaps once a week, to your probation officer, and an evaluation of your progress. You might also be required to attend a program, for instance to address problems with drugs, or with alcohol. So it's a constructive way of addressing the wrongdoing. That is one way. Probation can be a way of addressing, and thus partly restoring, the wrong that has been. That is one model.

The other kind of punishment is the so called "community service". This is ordered by the court as a sentence: the offender is required to undertake a specified

number of hours of unpaid work on a specified kind of project. The project should be one designed to benefit the community, depending on your skills, like clearing litter or fixing houses.

In both kind of cases, probation and community service, unlike imprisonment, you are kept within the community, you are not excluded, so you are one of us. You are, in a vivid way, repaying your wrongdoing, it is a reparation for what you did. And basically, it can be a much more constructive kind of punishment. Fines, by contrast, can serve too easily to make the crime seem like something you can simply pay for, in material terms. And prison is the nearest thing to exclusion. So we can see probation and community service as more constructive modes of punishment, and make more use of those.

LyE: —*Which is your opinion about international criminal law? Is it a sort of threat to genuine democratic response to crime?*

Antony Duff: —I am very unsure about international criminal law. I do think that, in general, where a crime is committed within a particular country, as with “crimes against humanity” committed against citizens by or with the connivance of their own officials, then ideally the crime will be tried within that country: the perpetrators should answer to their own citizens for what they have done; a country should judge its own criminals. On this view there is room for an international criminal court only when this is impossible or the country fails its own citizens. So international criminal law would be more a backup, a fallback—if you like—, if the country fails. International criminal tribunals would not then amount to alien parties coming in, and imposing on us, or taking away from us cases that we are dealing with. International criminal law could then be supportive rather than intrusive.

What I am not sure about is the following. If you read the Preamble to the Treaty of the International Criminal Court (ICC) it talks as if the ICC is supposed to speak for humanity, and to call to account those who committed crimes that concern all humanity. The rhetoric is of answering not just to this or that local polity, but to humanity as a whole. And yes, that sounds wonderful, humanity as collectively engaged in repairing the wrongdoing. But what is the hypothetical “humanity” in this context? What kind of community could “humanity” be? And I have many worries about talking in those terms. Is there actually a political community of humanity? It is not clear that there is. And, of course, the obvious worry is that you find out that the ICC is only calling certain people to account—in particular people from Africa. So there is no genuine political community of humanity calling all the appropriate wrongdoers to account. The ICC’s operations are, so far, deeply flawed. I am not sure, however, whether this whole enterprise is doomed to failure, or whether we can rather see it as the first steps towards something ambitious.

In the meantime, we must ask for whom the ICC speaks. Domestic courts speak for a particular polity, they speak for Argentina or for England. We know for

whom they aim to speak. But for whom does the ICC speak? I think there is no clear answer for that question.

LyE: —*In your work, you have argued against one of the main principles of the liberal tradition concerning the moral limits of criminal law, namely, the Harm Principle. Why do you think we should reject it (at least in its liberal reading)? What reasons should we accept as the proper grounds for criminalization?*

Antony Duff: —I don't want to reject the Harm Principle; I would keep it in its limited place. And the mistake is to think there is someone principle which will be the principle for criminal law. That is just wrong. There are many kinds of wrongdoing which should concern the criminal law. Wrongdoing is crucial, because criminal law is a matter of marking and censuring wrongdoings, and wrongdoing is a condition of criminalization. We criminalize what is wrongful.

Then we must ask: what principles should guide us to deciding what kinds of wrong to criminalize? And harm has a part to play. One concern is wrongdoing which causes harm, of certain kinds, and is for that reason eligible for criminalization. So I don't want to reject the Harm Principle as having any role to play. But it is not the only principle which matters here, and I think it is a mistake to think it should be, because if you try to make that the only principle, then you stretch it. You stretch the meaning of harm to cover more and more kinds of conduct which you want to criminalize, to portray the conduct as somehow or other harmful, and then the Harm Principle becomes so vague as to be no real principle at all.

Criminalization is rather very messy: there's no one principle, no one set of master principles. There are different kinds of considerations that need to be taken into account on the way to criminalization. And in fact we need to start off not with either harm or the notion of wrongdoing, but by defining, as a matter of political deliberation, the public sphere: what should count as our business collectively, as a polity, what are our specific concerns? This is the realm in which the state operates. And then if we are within that realm and we recognize wrongdoing, there's when criminal law comes in, as marking wrongdoing. Sometimes it is because it's causing harm, or it's causing offense. There is a whole range of different reasons that can come into play, as reasons for criminalizing. So the Harm Principle has a part to play, but a limited part.

LyE: —*Have you been reading recently some interesting authors that are currently dealing with philosophy of punishment?*

Antony Duff: —There are lots of interesting theorists now writing on criminal law and punishment. To name just a few of those in the Anglo-American tradition —Doug Husak, David Garland, Jonathan Simon, Mitch Berman, Michelle Dempsey, Kim Ferzan, Adil Haque, Alec Walen in the US; Malcolm Thorburn and

Vincent Chiao in Canada; in Britain, Nicola Lacey, Victor Tadros, Alan Norrie, Peter Ramsay, Ian Loader—.

LyE: —*You have insisted in these preconditions of criminal liabilities, what is their relevance in deeply inegalitarian societies like Argentina? Does your theory imply that the state should not punish those who the community has failed to integrate as equal citizens?*

Antony Duff: —It's not that simple, that's the trouble. I mean that's stage one you see: to punish, to have the right to punish. Let me go back a stage. A person is called to trial, called to account, convicted and punished as a member of the polity. You see, you have done this wrong and we have a right to punish you, to call you to account. But we have that right only if we have treated you in the past as a citizen. If we have treated you unjustly, then that undermines our standing to call you to account. That's why it's problematic to punish those who have suffered social injustice. But if we then say that we can do nothing, that's even worse because that only leaves victims abandoned. We can't just say our hands are tied, we can do nothing, we have to do something.

So, we have to find a way of both addressing the crime and also at the same time addressing and recognizing the injustice that the offender has suffered. So, nothing we'll do will be with clean hands. There's no perfect way, but we have to find the way of addressing past injustice and at the same time also addressing the present crime. It is a matter of finding a mechanism through which we can do that: we must find ways of addressing the injustice by political reform but meanwhile find ways in which the criminal process, within court or afterwards, can itself recognize, at least, that those who had been punished are themselves being treated unjustly by the punishment. It's about finding institutional forms which can recognize the injustice and at the same time respond to the wrongdoing. It's a dilemma, on the one hand we lack the right to punish people whom we have treated unjustly, and on the other hand we can't simply do nothing, we can't refuse to punish when there is a wrong because there are victims of that wrong after all. So, there is a deep problem to face, a problem that is not so much within the criminal law, but within our social and political structures, which implicate the criminal law.

LyE: —*Thank you very much for your time.*

Antony Duff: —Nice to meet you all.