

DOUGLAS HUSAK

SOBRECRIMINALIZACIÓN

Los límites del Derecho penal

Traducción e introducción de
Rocío Lorca Ferreccio

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	9
PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO	27
PREFACIO	33
AGRADECIMIENTOS.....	39

CAPÍTULO I LA CANTIDAD DE DERECHO PENAL

1. DEMASIADO CASTIGO, DEMASIADOS DELITOS.....	42
2. CÓMO TENER MÁS DELITOS GENERA INJUSTICIA.....	59
3. EL CONTENIDO DE LOS NUEVOS DELITOS.....	79
4. UN EJEMPLO DE SOBRECriminalIZACIÓN	95

CAPÍTULO II LÍMITES INTERNOS A LA CRIMINALIZACIÓN

1. LA «PARTE GENERAL» DEL DERECHO PENAL	113
2. DEL CASTIGO A LA CRIMINALIZACIÓN	138
3. ¿UN DERECHO A NO SER CASTIGADO?	157
4. <i>MALUM PROHIBITUM</i>	171

CAPÍTULO III LÍMITES EXTERNOS A LA CRIMINALIZACIÓN

1. LA INFRACCIÓN DEL DERECHO A NO SER CASTIGADO	195
---	-----

	<u>Pág.</u>
2. EL DIABLO EN LOS DETALLES	209
3. DELITOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS	244

CAPÍTULO IV
TEORÍAS ALTERNATIVAS DE CRIMINALIZACIÓN

1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	271
2. UTILITARISMO	281
3. MORALISMO JURÍDICO	292
TABLA DE CASOS	307
BIBLIOGRAFÍA	309
ÍNDICE ANALÍTICO	327

INTRODUCCIÓN

En el presente libro el profesor Douglas Husak, uno de los más importantes penalistas y filósofos del Derecho de Estados Unidos, aborda de manera monográfica lo que en el sistema continental denominamos el problema de la criminalización primaria, esto es, la cuestión de qué conductas deben ser tipificadas como delitos por el Derecho penal. Como se desprende del título, sin embargo, el autor no abarca esta cuestión desde una perspectiva neutral o desde un nivel de abstracción demasiado elevado, sino que inicia el libro con una tesis explícita: que hoy existe un exceso de criminalización y los filósofos y teóricos del Derecho deben ser capaces de explicar por qué existe ese exceso, y de desarrollar principios que sirvan para resistir y revertir dicho fenómeno.

El libro cumple entonces una doble función. En primer lugar, constituye una reflexión general en torno a los principios que deberían orientar o regular la decisión de criminalizar o descriminalizar una conducta y, en segundo lugar, constituye una revisión crítica del estado actual de la criminalización en Estados Unidos cuya finalidad última es contribuir a la superación de una crisis de sobrecriminalización mediante el diseño de una teoría que sea inmediatamente operativa.

Esta doble función del libro determina su estructura argumentativa. Básicamente, Husak intenta descifrar y defender los principios de una teoría de la criminalización mediante un análisis de la interacción entre la situación actual del Derecho penal en Estados Unidos y aquellos principios de la filosofía liberal que se expresan en sus instituciones jurídicas. Esta estrategia reflexiva hace que las mismas razones que le llevan a declarar ciertos ámbitos de penalización como excesivos le sirvan como elementos para configurar su teoría de la criminalización.

1. LA PREOCUPACIÓN POR EL EXCESO DE DERECHO PENAL

Desde los inicios de su obra, Douglas Husak ha manifestado una permanente preocupación por la utilización del Derecho penal como una manera de controlar aspectos de la vida de las personas que, según un criterio marcadamente liberal, no deberían ser impuestas de manera coactiva ni por el

Estado ni por otros individuos. En este contexto, el presente libro constituye la obra culmen de sus reflexiones, al menos en el sentido de presentar de manera sistemática y generalizable los principios e intuiciones con los que previamente había analizado aspectos más concretos de la cuestión de qué criminalizar, en particular los desafíos que presenta la regulación del consumo y tráfico de drogas¹.

Sus investigaciones filosóficas suelen iniciarse con descripciones bastante detalladas de la realidad, lo cual, además de otorgarles una mayor operatividad práctica, le ha permitido salir del circuito de los teóricos del Derecho para dialogar con personas que estudian el fenómeno penal desde otras disciplinas (sociología, antropología, psicología, etc.) así como con el ciudadano de a pie². En el caso de los delitos de drogas, por ejemplo, las reflexiones de Husak pretenden tener como auditorio a todos los actores involucrados (infractores, policías, jueces, legisladores, académicos, votantes, etc.), dando espacio a consideraciones que son más o menos importantes para unos y para otros, por ejemplo, consideraciones de salud, de eficiencia económica, de efectos criminógenos, de justicia social, etc. Lo que Husak ofrece es, en resumidas cuentas, un trabajo de filosofía aplicada.

Esta misma inclinación a asumir compromisos con la superación de problemas reales en sus investigaciones teóricas ha hecho que Husak se muestre escéptico frente a las teorías generales que pretenden derivar todos los principios del Derecho penal desde un gran principio de justificación de la coerción estatal. Y es precisamente este escepticismo frente a una teoría unitaria del Derecho penal y sus instituciones lo que hace especialmente difícil sintetizar su obra.

Así, Husak no se identifica cómodamente con ninguna teoría general de la naturaleza y rol del Derecho penal, como tampoco se identifica con una teoría moral particular, lo que lo hace un autor teóricamente ecléctico, con una marcada ambivalencia o flexibilidad en sus conclusiones³. Lo único que quizás pueda predicarse en términos generales acerca de su obra es que esta expresa un claro compromiso con el principio de culpabilidad

¹ El trabajo de Husak en el contexto de la legalización del consumo de drogas es sin duda uno de los elementos más destacados de su producción académica. Es a partir de dichas reflexiones de donde obtiene la mayoría de las herramientas teóricas que le permitieron construir la teoría general de la criminalización que presenta en este libro. Véase, por ejemplo, HUSAK, Douglas, y MARNEFFE, Peter, *The Legalization of Drugs* (New York, Cambridge University Press, serie *For & Against*, 2005); HUSAK, Douglas, *Legalize This! The Case for Decriminalizing Drugs* (London, Verso, 2002), traducido al español como *¡Legalización ya!* (Madrid, Foca, 2003); *Drugs and Rights* (Cambridge University Press, 1992), traducido al español como *Drogas y Derechos* (México, Fondo de Cultura Económica, 2001).

² Véase en este sentido una colección de sus artículos en su libro *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays* (New York, Oxford University Press, 2010).

³ Véase su propia autoevaluación en la introducción a su colección de ensayos, *ibid.*, pp. 1-14.

o merecimiento y una evidente falta de simpatía con las teorías de corte utilitarista⁴.

Su razón declarada para asumir esta posición ecléctica descansa en una visión de la teoría del Derecho penal, y del Derecho en general, como una disciplina práctica, que debe utilizarse para encontrar soluciones concretas a los problemas de legitimidad de nuestros sistemas jurídicos actuales⁵. Es por esta misma razón que Husak no sólo considera inútil centrar esfuerzos en identificar una teoría unitaria sobre el Derecho penal, sino que además aboga por incorporar a la reflexión filosófica el conocimiento aportado por otro tipo de disciplinas, en particular, por aquellas de naturaleza más bien empírica⁶.

Es recomendable, sin embargo, asumir esta autodescripción con cierto escepticismo, pues una tal neutralidad es un punto de partida que sí expresa un compromiso con una corriente filosófica determinada: el liberalismo. La cuestión que debe ser tenida en mente es que este punto de partida podría ser, desde ya, objeto de desacuerdo entre personas o corrientes filosóficas que el mismo Husak seguramente consideraría «razonables»⁷. De este modo, si bien el autor no es del todo rígido en sus formulaciones teóricas, sí se mueve dentro de un marco teórico marcadamente liberal, en el que palabras como «aceptable» y «razonable» suelen ser utilizadas para expresar una neutralidad que no hace más que confirmar un compromiso con una cierta corriente de pensamiento⁸.

Un claro ejemplo del compromiso liberal de este autor es la confianza que expresa en los derechos individuales y en la idea de merecimiento como

⁴ Aun cuando es posible encontrar consideraciones consecuencialistas a lo largo de su obra, su incorporación suele justificarse como un intento por limitar aún más el recurso al Derecho penal, antes que para justificar su utilización. En términos más concretos, Husak recurre a consideraciones prospectivas para limitar el recurso al Derecho penal a aquellos casos en que este puede cumplir una labor de prevención, *ibid.*, p. 3.

⁵ *Ibid.*, p. 5. Véase también el prefacio de *Sobrecriminalización*.

⁶ Véase, por ejemplo, su *The Legalization of Drugs*, *op. cit.*, nota 1, y también el primer capítulo de *Sobrecriminalización*.

⁷ Las críticas al principio de neutralidad, especialmente según fuera formulado en la teoría del liberalismo político defendida por John Rawls, no provienen sólo de tradiciones filosóficas alternativas como el comunitarismo o el republicanismo, sino también desde la misma tradición liberal. Para una revisión general de este debate, véase WALL, Steven, «Perfectionism in Politics: A Defense», en CHRISTIANO, Thomas, y CHRISTMAN, John (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy* (West Sussex, Wiley-Blackwell, 2009), pp. 99-117.

⁸ En general, el liberalismo político supone la posibilidad de que una organización política pueda acomodar distintas visiones acerca de «lo bueno» que están en conflicto, en la medida que estas sean razonables. El objetivo último de una teoría liberal de la justificación del Estado es, por tanto, sugerir las condiciones de justificación que deberían ser aceptadas por cualquiera de estas visiones «razonables» sin que sea necesario diseñar las instituciones sociales hacia la consecución de los fines de una teoría moral determinada. La cuestión de cómo se determina qué es lo razonable y si acaso la misma idea de neutralidad no es en sí misma una visión acerca del bien no completamente inocua, es un tema de arduo debate; en este sentido véase *ibid.* La formulación general de esta noción del liberalismo y del principio de neutralidad puede encontrarse en RAWLS, John, *Political Liberalism* (New York, Columbia University Press, 1993), pp. 134-140.

piedras de toque de las políticas coactivas del Estado⁹. Si Husak estuviera, de hecho, más comprometido con la operatividad y el impacto de una doctrina que con el valor intrínseco de sus principios filosóficos, sería esperable que nos encontráramos con una visión más bien crítica de la utilidad de las teorías de derechos individuales como límites a la expansión del Derecho penal. En efecto, la inusitada y preocupante expansión del Derecho penal a que Husak hace referencia en *Sobrecriminalización* parece tener lugar en un momento en que los derechos individuales reciben más atención que nunca, tanto en términos teóricos como institucionales¹⁰. Lo anterior sugiere que las herramientas del liberalismo como teoría política no son necesariamente las mejores a la hora de restringir los espacios de intervención punitiva del Estado. Y aun si estas conclusiones son precipitadas, es al menos una razón para permanecer escéptico frente al valor práctico de estas teorías. Lo que, por supuesto, nada dice respecto de su valor intrínseco.

2. UNA NUEVA TEORÍA DE LA CRIMINALIZACIÓN

Sobrecriminalización se presenta como una contribución urgente a la teoría del Derecho penal. Esta urgencia está dada por la creciente expansión de esta área del Derecho en gran parte del mundo, y especialmente en Estados Unidos, junto a la ausencia de una teoría de la criminalización que nos permita evaluar normativamente este fenómeno. *Sobrecriminalización* sería una reacción a la pasividad de la comunidad académica frente a esta carencia¹¹.

El libro comienza con una descripción del fenómeno de la expansión del Derecho penal sustantivo en el ámbito del Derecho penal estadounidense, lo que resulta problemático en ausencia de una teoría de la criminalización que nos permita afirmar con cierta seguridad que la expansión del Derecho penal es, de hecho, *excesiva*. De este modo, el juicio inicial de sobrecriminalización es presentado como una sospecha: la gran cantidad de castigo y leyes penales resulta sospechosa en términos de legitimidad, en el sentido de que es probablemente *excesiva*¹². El fenómeno de la expansión del Derecho

⁹ Véanse *infra*, pp. 138 y ss.

¹⁰ Véase en este sentido, STUNTZ, William, *The Collapse of American Criminal Justice* (Cambridge, Harvard University Press, 2011), en particular el capítulo 8.

¹¹ Es algo injusto, sin embargo, sostener que no hay teorías de criminalización en la tradición anglosajona. Quizás el mejor ejemplo en contrario es *The Moral Limits of Criminal Law*, la obra en cuatro volúmenes de Joel Feinberg donde precisamente lo que se analiza es qué tipo de acciones deben ser susceptibles de criminalización. Véase, FEINBERG, Joel, *Harm to Others* (New York, Oxford University Press, 1984); *Offense to Others* (New York, Oxford University Press, 1985); *Harm to Self* (New York, Oxford University Press, 1986); *Harmless Wrongdoing* (New York, Oxford University Press, 1988).

¹² Donde el exceso está dado por que una gran proporción del castigo actualmente administrado es injusto, pues se impone frente a conductas que no debieron criminalizarse. Véase *infra*, p. 41.

penal es presentado en términos de magnitud, apelando a nuestras intuiciones en torno a la justicia, más que a algún estándar normativo específico que nos permita evaluar estos números como excesivos.

Para alguien que no pertenece a la sociedad estadounidense este ejercicio es especialmente efectivo a la hora de hacer que el lector simpatice desde el comienzo con la tesis de que existe un exceso de criminalización en Estados Unidos, pues, además de ser el país del mundo con la más alta tasa de encarcelamiento, la magnitud de la diferencia es abismal cuando se la compara con otros países democráticos, con economías desarrolladas o no. Sin ir más lejos, mientras que en Estados Unidos la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes es de 730, en España es de aproximadamente 150, y ello aun cuando España es el país de la UE-15 con la tasa de encarcelamiento más elevada¹³.

¿Por qué se castiga tanto? ¿Cuáles son los factores sociales y políticos que explicarían esta tendencia? Husak se muestra consciente de que la respuesta a estas preguntas reside fundamentalmente en el alto impacto político que tiene el Derecho penal en las democracias occidentales, en particular en Estados Unidos, dado el alto nivel de localismo que caracteriza a esta sociedad¹⁴. Sin embargo, prefiere dejar las explicaciones empíricas en manos de los sociólogos y analiza las técnicas actuales de regulación penal desde la filosofía política¹⁵.

En esta primera sección del libro, entonces, Husak intentará mostrar por qué más leyes penales se traducen en más castigo, planteando, de manera original, que la existencia de más leyes penales se traduce en más castigo no sólo por que hay más conductas punibles o castigos más extensos, sino también, y fundamentalmente, por la presión institucional que generan los altos niveles de regulación en el sistema de persecución penal. En otras palabras, más allá de la mera expansión de las conductas susceptibles de pena como explicación de por qué una mayor criminalización produce más castigo, Husak sugiere que la expansión del castigo depende fundamentalmente de la forma en que se ejerce el poder penal, es decir, de las decisiones que toman las instituciones y autoridades que determinan quién será y quién no será castigado¹⁶.

Esta reflexión da pie al desarrollo de uno de los argumentos más interesantes del libro: la descripción de cómo el fenómeno de la sobrecriminalización es altamente pernicioso para la vigencia de los principios del Estado de

¹³ Véanse las estadísticas en www.prisonstudies.org/info/worldbrief/.

¹⁴ Un análisis sobre la especial vulnerabilidad de la política criminal frente a los intereses de la clase política en Estados Unidos, dada la naturaleza altamente populista de su sistema democrático, puede encontrarse en GARLAND, David, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition* (Cambridge, Harvard University Press, 2010), pp. 162-171.

¹⁵ Véanse *infra*, pp. 56-57.

¹⁶ Véanse *infra*, pp. 64 y ss.

Derecho. La idea es básicamente que existe un problema de legitimidad porque las instituciones que en definitiva deciden qué castigar (policía y fiscales) operan con elevados niveles de discrecionalidad, lo que las vuelve altamente inmunes a todo tipo de control¹⁷.

Según Husak, una mayor cantidad de delitos genera mayor presión en el sistema para favorecer mecanismos de solución rápida, como la negociación de la pena, en vez de optar por un proceso penal que busque demostrar la pertinencia de un reproche de culpabilidad. Estos mecanismos alternativos al juicio suelen estar determinados por decisiones discrecionales que toman la policía o los fiscales, lo que es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho, porque la falta de control y contrapeso de un poder tan discrecional erosiona el principio de legalidad en su sentido más profundo: el de servir de advertencia al ciudadano sobre cuáles son las conductas prohibidas. En otras palabras, el deterioro del Estado de Derecho produce injusticia en la medida que el poder coercitivo del Estado se vuelve impredecible¹⁸.

Otro resultado negativo de los altos niveles de criminalización es la pérdida de certeza sobre el contenido del Derecho penal, incluso por parte de los expertos. Aun cuando quienes estudian el comportamiento del sistema penal sean capaces de predecir la forma en que este responderá frente a una conducta, la mayoría de los factores que se citan para realizar esta determinación no tienen que ver con el contenido de la ley penal, sino con consideraciones sociales o geográficas, como la raza y el lugar en donde uno vive, lo que Husak denomina «justicia geográfica»¹⁹.

La idea, en definitiva, es que cuando la cantidad de leyes penales es tan grande no es posible que su aplicación se sujete a principios claros que permitan regular y controlar suficientemente la acción de los órganos de persecución penal. Es aquí donde, según Husak, una teoría de la criminalización, que nos ayude a racionalizar nuestro Derecho penal sustantivo podría ser de gran ayuda, no sólo para evitar la lesión de los derechos específicos que se ven afectados por las penas inmerecidas, sino también para evitar el deterioro de los principios del Estado de Derecho²⁰.

Cabe preguntarse, sin embargo, si acaso Husak no está forzando una cierta interpretación de este fenómeno por la manera en que ordena los factores. Quizás el aumento de la discrecionalidad de los órganos de persecución penal no es un resultado lamentable de la expansión del Derecho penal,

¹⁷ Véase *infra*, p. 71.

¹⁸ Véanse *infra*, pp. 72 y ss.

¹⁹ Véase *infra*, p. 75. Esta tendencia se ha vuelto especialmente evidente en el caso de Estados Unidos, véase en este sentido WESTERN, Bruce, *Punishment and Inequality in America* (New York, Russell Sage Foundation, 2006), y STUNTZ, William, *The Collapse of American Criminal Justice*, *op. cit.*, *supra*, nota 10.

²⁰ Véase *infra*, p. 78.

sino precisamente su objetivo. Sin ir más lejos, el mismo Husak establece como una categoría de delitos de dudosa legitimidad aquellos que se establecen para facilitar la labor de los órganos de persecución penal (delitos auxiliares)²¹. Estas técnicas penales pueden ser vistas como una manera directa de expandir el poder político del Estado, especialmente sobre los grupos sociales que son más vulnerables frente al Derecho penal como técnica de gobierno²². Si esto fuera cierto, quizás la crítica debería plantearse no sólo como un problema de Estado de Derecho dado por los altos niveles de discrecionalidad y falta de control sobre los actos de la administración del Estado, sino derechamente como una crítica a la utilización del Derecho penal como herramienta o técnica para gobernar la vida de los miembros de una comunidad política.

3. CUESTIONES METODOLÓGICAS

La siguiente pregunta que se discute en *Sobrecriminalización* es por qué los teóricos del Derecho penal no están suficientemente preocupados por este fenómeno. Una posible explicación podría ser de carácter metodológico: el estudio de la parte especial del Derecho penal suele centrarse en ciertos delitos que no plantean demasiados problemas de legitimidad²³. Estos delitos serían los que Husak denomina nucleares, por oposición a los delitos periféricos que serían aquellos que tienen características que hacen dudar de su legitimidad.

Aun cuando se echa en falta un mayor desarrollo de la distinción entre delitos nucleares y periféricos, ésta promete ser de gran utilidad para la teo-

²¹ Véase *infra*, p. 89.

²² No es novedad que el Derecho penal no sólo es una respuesta frente al delito sino también una herramienta para gobernar a determinados grupos sociales, en el sentido de que constituye uno de los mecanismos centrales a través de los cuales el Estado determina la forma de vida que llevarán determinados grupos sociales. Un ejemplo muy paradigmático de esta función del Derecho penal lo constituye la regulación penal que surgió luego de la abolición de la esclavitud en Estados Unidos y que estaba orientada de manera prácticamente explícita a mantener la dominación racial que hasta entonces existía, véanse en este sentido los denominados «códigos negros» que se dictaron en algunos estados del sur de Estados Unidos, luego de la abolición de la esclavitud. La idea de esta legislación era mantener la estratificación racial hasta entonces vigente mediante el establecimiento de delitos especiales para ciudadanos afroamericanos y sanciones penales que operaban como una manera de mantener las relaciones laborales propias de la esclavitud. Un buen ejemplo puede encontrarse en el *South Carolina Black Code*, de 21 de diciembre de 1865. Véase también, HANEY LÓPEZ, Ian, «Post-Racial Racism: Racial Stratification and Massive Incarceration in the Age of Obama», *California Law Review*, 98, 2010, pp. 1023 y ss.; WESTERN, Bruce, *Punishment and Inequality in America* (New York, Russell Sage Foundation, 2006); y GARLAND, David, «The Meaning of Mass Imprisonment», *Punishment and Society*, 3, 2001, pp. 5-7. En términos más generales véase por todos, GARLAND, David, *Castigo y Sociedad Moderna* (Madrid, Siglo XXI, 1999), capítulos 4, 5 y 6; y RUSCHE, Georg, y KIRCHHEIMER, Otto, *Punishment and Social Structure* (New York, Russell & Russell, 1968).

²³ Véase *infra*, p. 87.

ría y el estudio del Derecho penal. Husak ofrece la siguiente tipología de delitos periféricos: los delitos superpuestos, los delitos de peligro abstracto y los delitos accesorios. La identificación de estas categorías es llevada a cabo como un ejercicio reflexivo a través del cual el autor intenta identificar los principios concretos que estos tipos delictivos desafían, para así dotar de contenido su teoría de la criminalización.

Los delitos superpuestos son una primera hipótesis de criminalización excesiva, en la medida que representan la criminalización de una conducta que ya se encuentra criminalizada. Estos delitos serían normativamente problemáticos, básicamente, porque sancionan una misma conducta pero establecen diferencias sutiles que hacen innecesario unificar las penas bajo un concurso aparente de normas. Ello permite acumular los cargos y aumentar la amenaza de pena, lo que, a su vez, incrementa el poder del fiscal.

Los delitos de prevención de riesgos, por su parte, son problemáticos dada la tendencia a prohibir conductas cada vez más remotas a la lesión o daño que se busca evitar. De las diversas distinciones que pueden hacerse de los delitos de peligro, Husak se concentra en la distinción entre delitos de prevención de riesgos directos-indirectos y delitos de prevención de riesgos explícitos-implícitos, pues éstos podrían desafiar una teoría de la criminalización razonable al criminalizar conductas que no necesariamente crean un riesgo de producir un daño.

La tercera categoría, esto es, los delitos auxiliares, es problemática en la medida que su único fin es facilitar la persecución penal de conductas que son difíciles de probar o de perseguir criminalmente. Según Husak, el problema que plantean estos delitos es que, individualmente, serían altamente difíciles de justificar bajo cualquier teoría aceptable de la criminalización.

Más allá de la precisión conceptual de estas categorías, el objetivo de Husak es mostrar razones que nos empujen a ver la necesidad de contar con una teoría de la criminalización para evaluar estos nuevos tipos de delitos y retardar la expansión del Derecho penal. Pero, aun cuando estas categorías resultan atractivas y útiles, no queda del todo claro con base a qué criterio podremos establecer si un delito pertenece a la periferia o al núcleo del Derecho penal a menos que ya tengamos alguna posición respecto a los principios de criminalización, de modo tal que la validez de catalogar estas categorías como parte de la periferia del Derecho penal dependerá de si aceptamos la teoría que Husak nos propondrá en lo que queda del libro.

4. RESTRICCIONES INTERNAS AL DERECHO PENAL

En el segundo capítulo del libro, luego de haber intentado establecer que en Estados Unidos hay un exceso de Derecho penal, Husak inicia el diseño de su teoría de la criminalización, que consiste en siete principios genera-

les que limitan el poder del Estado para crear delitos. Los primeros cuatro principios son internos al Derecho penal, pues se derivan de las condiciones generales para que un Estado legítimo pueda recurrir a una sanción penal: 1) la restricción del mal o daño no trivial; 2) la restricción de impermisibilidad; 3) la restricción de merecimiento, y 4) la restricción de la carga de la prueba. Los siguientes tres principios serán construidos a partir del Derecho constitucional y establecen que: 5) sólo es posible establecer delitos cuando estos promueven intereses estatales sustanciales; 6) la criminalización de una conducta debe promover dichos intereses de manera directa, y 7) las prohibiciones penales no deben ser más extensivas de lo necesario para alcanzar dicha finalidad.

Para elaborar las primeras cuatro restricciones, la estrategia de Husak es encontrar principios de criminalización «dentro de las fronteras de la teoría del Derecho penal dada la forma en que está actualmente conceptualizada», aun cuando dichos principios no se hayan formulado con este propósito²⁴. Luego, desde la parte general del Derecho penal, Husak extrae los primeros dos principios de criminalización. El principio de daño no trivial se encontraría implícito en la regulación de ciertas causas de justificación²⁵, así como en la regulación del juicio de culpabilidad²⁶. La restricción de impermisibilidad, en tanto, es derivada de la regulación de las causas de excusa²⁷ y de las doctrinas de responsabilidad penal objetiva²⁸.

Desde las teorías de la pena, Husak formulará los siguientes dos principios de criminalización: la restricción de merecimiento y la restricción de la carga de la prueba. En vez de alinearse con alguna teoría de la pena, Husak elabora estos principios sobre la base de lo que él considera como premisas necesarias de cualquier teoría aceptable de la pena: que la pena precisa justificación y que el castigo debe ser merecido. En consecuencia, para defender el principio de que sólo pueden criminalizarse conductas que puedan dar base a un juicio de merecimiento, Husak no nos ofrecerá una teoría del merecimiento, sino que descansará en ideas generales que emanarían de intuiciones compartidas por la gran mayoría de los teóricos del Derecho²⁹.

²⁴ Véase *infra*, p. 112.

²⁵ Husak sostiene que al menos tres causas de justificación sólo son inteligibles si las leyes penales deben estar diseñadas para prevenir un daño no trivial: el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido y la justificación *de minimis*. Véase *infra*, p. 125.

²⁶ Según quedaría especialmente ilustrado por los casos que Husak identifica como acciones de intencionalidad condicional. Véase *infra*, p. 128.

²⁷ El argumento es básicamente que la sola existencia de las causas de excusa aboga por la existencia de esta restricción, pues sólo en un contexto de impermisibilidad sería plausible hablar de «excusas». Véanse *infra*, pp. 131-132.

²⁸ La idea es que, aun cuando la legitimidad de este tipo de imputación es dudosa, nadie estaría dispuesto a defenderla en relación con acciones que ni siquiera son impermisibles. Véanse *infra*, pp. 133-134.

²⁹ Véanse *infra*, pp. 137 y ss.

En la formulación de las tres primeras restricciones se expresan los puntos más débiles de *Sobrecriminalización*. Básicamente, el problema es que es difícil determinar el grado de importancia de estas restricciones, así como su capacidad efectiva para retardar el proceso de sobrecriminalización, si no enfrentamos algunas preguntas que Husak formula pero no contesta. Por ejemplo, ¿qué es un daño o un mal a efectos de la restricción de daño no trivial? Husak manifiesta simpatía por la teoría defendida por Joel Feinberg, que establece que el daño debe traducirse en la protección de derechos individuales³⁰. Sin embargo, él mismo es consciente de lo difícil que es determinar las condiciones de aplicación de este principio y, en vez de intentar formular una solución, se conforma con que el principio del daño termine siendo el más débil de los principios de la teoría de la criminalización que formulará en el libro³¹.

Algo similar ocurre con la restricción de impermisibilidad y la restricción de merecimiento. La reticencia de Husak a comprometerse con una teoría moral determinada hace que sus tres primeros principios queden formulados en términos demasiado vagos y el problema que plantea esta falta de precisión es más grave de lo que el autor sospecha. Fundamentalmente, si no sabemos cuál es el contenido sustantivo de estas restricciones, no es claro que ellas puedan, en último término, ayudar a *retardar* la criminalización, ni siquiera de manera marginal. De hecho, es posible que, en ausencia de una teoría moral sustantiva, un principio de esta naturaleza funcione como justificación de la misma expansión del Derecho penal que al autor tanto preocupa.

La elaboración del principio de la carga de la prueba, en cambio, constituye una de las partes más interesantes de *Sobrecriminalización*, pues éste es derivado de la idea de que existe un derecho individual a no ser castigado que sería, a su vez, la razón por la cual la pena estatal es tan difícil de justificar. Según Husak, la pena constituye una imposición deliberada de sufrimiento y de censura. Dado que tanto el sufrimiento como la censura afectarían intereses para cuya vulneración no es suficiente una razón estrictamente utilitaria, tendríamos un derecho a no ser castigados³².

¿En qué consiste este derecho a no ser castigados? Husak lo formula como un derecho de carácter absoluto, lo que implica que tanto las penas justificadas como las injustificadas lo afectarían. Utilizando la conocida distinción entre la infracción y la violación de un derecho popularizada por Judith Jarvis Thompson³³, Husak entiende que en el primero de los casos existe sólo una infracción, en tanto que en el segundo estaríamos frente a

³⁰ Véase *infra*, p. 130.

³¹ Véase *infra*, p. 131.

³² Véanse *infra*, pp. 157 y ss.

³³ THOMSON, Judith Jarvis, «A Defense of Abortion», *Philosophy & Public Affairs*, 1971, pp. 47 y ss.

una violación de este derecho³⁴. Pero dado que una pena siempre va a suponer una infracción del derecho a no ser castigados (además de un riesgo importante de violación del mismo), es posible formular una cuarta restricción a la criminalización: la carga de la prueba acerca de la justificación de la afectación del derecho a no ser castigado se encuentra en su potencial violador: el Estado³⁵.

La existencia de este derecho también explica por qué el problema de la criminalización no descansa sólo en la afectación de las libertades o derechos específicos que los tipos penales pueden restringir al criminalizar una conducta. Como ejemplo Husak propone que imaginemos un Estado que decide criminalizar el consumo de pasteles con el fin de controlar la obesidad. Dado que la libertad de comer pasteles no es tan valiosa, uno podría suponer que la prohibición de esta conducta no precisa tanta justificación. Sin embargo, nuestras intuiciones parecen sugerir lo contrario, y esto es así porque «las personas no sólo tienen un interés en comer pasteles, sino también un interés en no ser castigados si infringen dicha prohibición»³⁶.

La elaboración de este derecho, a mi parecer, es más valiosa para la teoría de Husak de lo que él mismo parece asumir, pues este constituye un límite sustantivo más claro a la expansión del Derecho penal que las primeras tres restricciones de su teoría de la criminalización. Adicionalmente, es la existencia de este derecho lo que le permitirá elaborar los restantes principios de su teoría.

Hacia el final de este capítulo, Husak reflexiona en torno a la utilidad de las primeras cuatro restricciones, analizando el caso de los denominados delitos *mala prohibita*³⁷. Quizás lo más interesante de esta discusión es que Husak está dispuesto a conceder que muchas de estas prohibiciones no podrían satisfacer la restricción de impermisibilidad que su teoría plantea y estarían por ello injustificadas, de modo tal que una reducción de la cantidad de delitos *mala prohibita* «representaría un gran avance hacia la consecución de un Derecho penal mínimo»³⁸.

Pero, en atención a lo que he venido sugiriendo, estas conclusiones podrían ser algo precipitadas. Más allá de las prevenciones que he presentado en torno a la eficacia limitativa de ideas como el daño no trivial, la impermisibilidad y el merecimiento, existe además un problema teórico propio de la tradición analítica a la que el autor pertenece, que no es abordado por Husak, esto es, el excesivo rol que se le otorga a la apelación a nuestras

³⁴ Véanse *infra*, pp. 162-165.

³⁵ Véase *infra*, p. 167.

³⁶ Véase *infra*, p. 170.

³⁷ Husak ofrece una definición bastante estándar de los delitos *mala prohibita*, según la cual un delito pertenece a esta clase «cuando la conducta prescrita no es impermisible con anterioridad o independencia de la ley». Véase *infra*, p. 173.

³⁸ Véase *infra*, p. 192.

intuiciones compartidas. Según explicaré a continuación, esta herramienta epistemológica es especialmente problemática en el caso de una teoría de la criminalización.

En primer lugar, este método puede fácilmente llevarnos a confundir el problema de la criminalización con el problema de la justificación de la pena. En general los juicios basados en intuiciones que se encuentran en *Sobrecriminalización* operan bajo la siguiente lógica: el autor presenta casos concretos (hipotéticos o reales) y el lector es compelido a compartir la intuición de que el castigo no se encuentra justificado en dichos casos. De la aparente fuerza de dicha intuición Husak extrae una razón para creer que los principios que él presenta son razonables. Pero el problema es que esta metodología no permite discernir con claridad si el problema de justificación se encuentra en la existencia del tipo penal o en algún otro elemento de una teoría de imputación o de justificación de la pena³⁹. Esto es así porque el impulso a favor de la intuición estará dado, fundamentalmente, por un rechazo hacia la imposición de castigo, pero dicho rechazo es muy vago como para servir a la determinación de que su origen se encuentra en el hecho de que el tipo penal no ha debido establecerse.

En segundo lugar, este tipo de metodologías se muestra demasiado optimista respecto a los niveles de consenso que caracterizan a las sociedades que alguien como Husak tiene en mente⁴⁰. Este tema ha sido especialmente desarrollado por Jeremy Waldron, al defender a la democracia como herramienta epistemológica para la toma de decisiones políticas por constituir un procedimiento que, por su forma, le es generalmente imponible a todos los miembros de la comunidad política. La cuestión, según Waldron, no radica en si acaso hay una intuición o una verdad correcta y otra falsa, sino que no contamos con los medios para estar seguros de que podemos acceder a esa intuición o a esa verdad de una manera tal que podamos imponerla a los demás miembros de nuestra comunidad política⁴¹.

Si Waldron está en lo correcto, la teoría de Husak sigue siendo una contribución importante al debate teórico, pero difícilmente puede presentarse como una teoría *directamente* operativa. Pues su operatividad dependerá del contenido de estos principios según queden formulados por el proceso democrático, y existen buenas razones para creer que este resultado no es demasiado auspicioso si lo que se busca es una teoría de la criminalización orientada hacia un Derecho penal mínimo. Especialmente cuando se tiene

³⁹ Quizás la respuesta sea entonces una cuestión de teoría del delito (excusas o justificaciones) o de teoría de la pena, más que de teoría de la criminalización. Véase, en este sentido, la recensión a este libro de GREEN, Stuart P., «Is There Too Much Criminal Law?», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6, 2009, pp. 737 y ss.

⁴⁰ Básicamente, sociedades democráticas occidentales.

⁴¹ WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press, 1999), pp. 164-187. Hay trad. cast.: *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

en mente el impacto que tiene el denominado populismo penal en las sociedades democráticas⁴².

En definitiva, si lo que Husak busca es ofrecer una teoría que no sólo sea correcta sino que además sea inmediatamente operativa como un mecanismo que sirva para retrasar la expansión del Derecho penal, quizás *Sobrecriminalización* no logre satisfacer ese objetivo.

5. RESTRICCIONES EXTERNAS AL DERECHO PENAL

En el tercer capítulo del libro, Husak elabora restricciones a la criminalización que son externas al Derecho penal, para lo cual esbozará restricciones a la infracción del derecho a no ser castigado que emanan de la teoría política y, en particular, del texto constitucional de Estados Unidos.

El control de constitucionalidad sustantivo de las leyes estadounidenses está estructurado bajo los siguientes parámetros: 1) si la ley amenaza una libertad fundamental, el análisis de constitucionalidad se debe someter a un estándar de escrutinio estricto, según el cual, dicha libertad sólo puede verse afectada cuando su vulneración es necesaria para alcanzar un interés estatal apremiante, y 2) si se trata de una libertad no fundamental el test a aplicar es el de mera racionalidad, esto es, la restricción de la libertad es permisible si su vulneración facilita la consecución de un interés estatal legítimo. La mayoría de las leyes penales se someten a este último test, lo que hace suponer que el Derecho constitucional no establece demasiadas restricciones para criminalizar⁴³.

Husak sostiene que, dado que el derecho a no ser castigado se ve afectado cada vez que se establece un tipo penal, las leyes penales deben someterse a un estándar de control más exigente que el de mera racionalidad. Sin embargo, por motivos que no son del todo transparentes, le parece demasiado radical sostener que el derecho a no ser castigado es una libertad fundamental y que por tanto su afectación debe someterse a un escrutinio estricto. A cambio, Husak sugiere un nivel intermedio de escrutinio que la teoría del Derecho constitucional ha asignado a ciertos derechos que considera importantes pero no fundamentales⁴⁴.

El estándar al que se someten estos derechos intermedios (*Estándar Central Hudson*), establece que su afectación sólo es permisible si sirve para promover directamente un interés gubernamental sustancial. De aquí el au-

⁴² Véanse en este sentido los comentarios de Garland en torno a la relación entre estructura política y Derecho penal, *op. cit.*, nota 14.

⁴³ En palabras de Husak, bajo esta teoría «es sólo una pequeña exageración decir que el Estado puede criminalizar prácticamente todo». Véase *infra*, p. 198.

⁴⁴ Los casos más emblemáticos de este tipo de derechos son el derecho a la no discriminación de género y el derecho a la libertad de expresión comercial. Véase *infra*, p. 204.

tor deriva tres nuevas restricciones a la criminalización: 1) sólo es posible establecer delitos cuando estos promueven intereses estatales sustanciales; 2) la criminalización de una conducta debe promover dichos intereses de manera directa, y 3) las prohibiciones penales no deben ser más extensivas de lo necesario para alcanzar dicha finalidad.

Claramente esta es la parte de la teoría de criminalización de Husak que debería ser más fructífera en términos de operatividad institucional, pero, por lo menos por dos razones, esta potencialidad se ve truncada. En primer lugar, se echa en falta una mejor justificación del sistema de escrutinio constitucional que el autor asigna al derecho a no ser castigado. Si fuera cierto que tenemos un derecho a no ser castigados, ¿por qué no considerarlo un derecho fundamental? ¿Cuál es el argumento filosófico que justifica otorgar una menor protección a este derecho frente a otros derechos, como la libertad de expresión? Husak ofrece consideraciones más bien estratégicas, pero el problema no se formula de manera explícita y se echa de menos una fundamentación normativa del estatus que se le asigna a este derecho, sobre todo considerando el papel fundamental que juega en la teoría que se defiende a lo largo del libro. Por otra parte, sin un argumento de esta naturaleza, tampoco queda claro por qué el test de mera racionalidad no sería, en todo caso, suficiente.

Una segunda razón que vuelve esta restricción más débil de lo que uno quisiera es que el escrutinio de constitucionalidad que corresponde a este derecho a no ser castigado, tal como lo formula Husak, no quedaría alojado en los tribunales de justicia, sino en el órgano legislativo. ¿Cuál sería entonces el valor práctico de esta teoría si no es posible imponerla judicialmente? Según el autor, muchas teorías políticas no son aplicables en los tribunales y sin embargo sirven para regular y orientar el papel del legislador, en la medida que ofrecen «una poderosa herramienta de crítica tanto para los académicos como para los ciudadanos»⁴⁵.

Pero ¿por qué claudicar frente a la posibilidad de contar con una teoría más operativa? ¿Por qué no hacer que este derecho sea también operativo judicialmente? Las razones que llevan al autor a asumir esta postura no quedan claras. Más allá de consideraciones pragmáticas que hagan su teoría menos radical, no parece ofrecerse ninguna razón normativa que justifique otorgar a este derecho una eficacia tan diferente a la de los demás derechos individuales. Esta cuestión es especialmente problemática para una teoría de la criminalización que busca retardar la expansión del Derecho penal, dado el fenómeno de populismo penal mencionado más arriba. El Derecho penal, y especialmente la criminalización, han demostrado ser una de las herramientas predilectas de los legisladores para responder a las demandas de su electorado y aumentar sus niveles de popularidad, de ahí que resulta

⁴⁵ Véase *infra*, p. 208.

casi paradójico que el mismo Husak, que es tan crítico con la labor que ha tenido el legislador en esta área, decida dejar la eficacia del derecho a no ser castigado en manos de esta misma institución.

6. DELITOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS

De las tres categorías de delitos que Husak ha considerado como responsables de la mayor parte del fenómeno de sobrecriminalización (los delitos superpuestos, los delitos de peligro abstracto y los delitos accesorios), pareciera que la categoría de delitos de prevención de riesgos no se ve fundamentalmente afectada por las restricciones de criminalización que emanan del control de constitucionalidad de las leyes penales. De ahí que en la última sección del capítulo tercero Husak intente descifrar cómo debería aplicarse el estándar de escrutinio intermedio al caso de los delitos de prevención de riesgos.

Dado que su test de criminalización requiere que las leyes penales promuevan intereses estatales sustanciales, el primer elemento del riesgo es que éste sea, de hecho, sustancial⁴⁶. El segundo se desprende del requisito de promoción directa del test de constitucionalidad, lo que en el caso de los delitos de prevención de riesgos se traduce en la necesidad de que el delito sea efectivamente capaz de prevenir el riesgo sustancial que se busca evitar⁴⁷.

Husak, a continuación, incorpora una nueva restricción a su teoría de la criminalización para el caso de los delitos de prevención de riesgos: el requisito de daño consumado, esto es, que el Estado sólo puede penalizar la creación de un riesgo cuando puede penalizar la concreción del mismo daño que se busca prevenir. Este requisito, según el autor, pone en peligro la supervivencia de una gran cantidad de delitos de drogas, lo que lo vuelve un criterio muypreciado para una teoría de la criminalización que se orienta hacia un Derecho penal mínimo.

Finalmente, el tercer elemento del escrutinio intermedio exigía que las prohibiciones penales no fueran más extensivas que lo necesario para alcanzar su finalidad, lo que para el caso de los delitos de prevención de riesgos se expresaría en el requerimiento de culpabilidad, que regula la posibilidad de crear tipos penales sobreinclusivos⁴⁸. Con un ejemplo, si lo que se busca prevenir con la prohibición de la posesión de armas es un daño X, es probable que no todas las situaciones en que se poseen armas aumenten la po-

⁴⁶ Véase *infra*, p. 247.

⁴⁷ Véanse *infra*, pp. 247-248.

⁴⁸ De acuerdo a Husak, estaríamos frente a un delito sobreinclusivo «cuando las razones que lo justifican se aplican a algunas pero no a todas las conductas que prohíbe; es infrainclusivo cuando su racionalidad de justificación se aplica a más conductas de las que prohíbe». Véase *infra*, p. 237.

sibilidad de que se produzca dicho daño X. Si no es posible distinguir entre casos que aumentan la posibilidad de que se produzca el daño X de aquellos en los que no, el Estado podría estar autorizado a prohibir estas conductas, si y sólo si además exige que los imputados hayan actuado culpablemente en relación con la producción del riesgo que se busca prevenir, de manera análoga a lo que el legislador suele exigir en los tipos de tentativa, inducción y conspiración⁴⁹.

Las reflexiones en torno a los delitos de prevención de riesgos son muy enriquecedoras. Sin embargo, cabe preguntarse si acaso el Derecho penal que se vislumbra luego de estas consideraciones no se vuelve en contra de los mismos principios liberales con los que el autor se encuentra decididamente comprometido. Al final de este capítulo, el autor formula como un ideal aquellas normas penales que mejor predicen el futuro, en términos de dónde y cuándo se producirá el daño que se propone evitar, proponiendo así una fragmentariedad rayana en un Derecho penal de la peligrosidad, que en vez de establecer «las reglas generales del juego» se dedique a perseguir solamente aquellas conductas y (por qué no) individuos que más ciertamente producirán un determinado daño⁵⁰.

7. TEORÍAS ALTERNATIVAS

Sobrecriminalización termina con una defensa de la teoría formulada frente a una serie de teorías alternativas, oportunidad en la que Husak confiesa que su ambición no es presentar una teoría acabada sino una que sea suficientemente defendible como para que convenga mejorarla antes que descartarla⁵¹. Con este objetivo en mente, Husak examina tres aproximaciones alternativas al problema de la criminalización: el análisis económico, el utilitarismo y el moralismo jurídico.

⁴⁹ Véanse *infra*, pp. 263-266. Por ejemplo, si lo que la prohibición de la posesión de armas busca prevenir es el incremento del riesgo de que se produzca el daño X, el tipo penal debe exigir que el autor sea culpable, al menos por negligencia, respecto del incremento de este riesgo. En palabras de Husak: «Las personas no deberían ser castigadas por una acción que no produce ningún daño si no son por lo menos negligentes acerca de si ésta podría conducirlos a realizar acciones posteriores que podrían producir el daño que se busca evitar». Véase *infra*, p. 265.

⁵⁰ El exceso de determinación del tipo sugerido por Husak no sólo puede plantearse en el sentido de acercarse hacia un Derecho penal de la peligrosidad que sería contrario al principio liberal de culpabilidad como límite al Derecho penal, sino que también puede formularse en términos de la interacción apropiada que una sociedad liberal debería establecer entre el ciudadano y la ley. En este sentido, el principio de legalidad puede entenderse más bien como un requisito de claridad frente a las reglas del juego de un modo tal que el ciudadano pueda utilizar su capacidad reflexiva de planificación y toma de decisiones autónomas. En este sentido véase MOORE, Michael, *Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law* (New York, Oxford University Press, 1993), 239-244. Véase también WALDRON, Jeremy, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, 82, 1994, pp. 509 y ss., y del mismo: «Vagueness and the Guidance of Action», *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 2010, pp. 10-81.

⁵¹ Véase *infra*, p. 270.

La discusión que lleva a cabo en esta parte esclarece aun más las ideas de Husak en torno al problema de la criminalización y adicionalmente nos acerca a las ideas que tiene el autor frente al problema de la justificación de la pena. El análisis económico del Derecho es rechazado de manera bastante radical, no tanto por su falta de organicidad como teoría, sino principalmente por su incapacidad de proporcionar un argumento moral para infringir el derecho a no ser castigado⁵².

En relación con el utilitarismo Husak se muestra favorable hacia una utilización selectiva del mismo, siguiendo la distinción formulada primero por H. L. A. Hart y luego por John Rawls, entre la justificación del castigo como una práctica social y la justificación de instancias particulares dentro de dicha práctica. Sin embargo, Husak considera que la tendencia a pensar que el utilitarismo es menos problemático en el ámbito de la criminalización que en el ámbito de la justificación de la pena es una tendencia errada. Básicamente, la crítica de que el utilitarismo permite castigar a personas a pesar de su falta de merecimiento sería plenamente extensible al utilitarismo como teoría de la criminalización, lo que unido a objeciones más generales, lo llevan a concluir que el utilitarismo es inferior a su propia teoría⁵³.

Finalmente, Husak analiza el caso del moralismo jurídico, centrándose en las formulaciones teóricas de Michael Moore, quien básicamente sostiene que, con ciertas limitaciones, toda acción moralmente impermisible y culpable puede ser criminalizada⁵⁴. ¿En qué se diferencia esta teoría de la propuesta en el presente libro? Quizás una de las diferencias que primero salta a la vista es que el moralismo jurídico no se encuentra comprometido con la restricción de daño o mal no trivial, ni con las restricciones externas que se identifican en el tercer capítulo de *Sobrecriminalización*. Pero Husak se muestra contrario al moralismo jurídico principalmente por tres razones de principio: 1) porque diluye la distinción entre infracciones públicas y privadas, pavimentando el camino a un Derecho penal inevitablemente expansivo; 2) porque supone un principio retributivo positivo, esto es, que las penas justificadas no sólo no son malas sino que son intrínsecamente buenas, y 3) porque no es capaz de explicar por qué sólo el Estado puede imponer las penas justificadas. De acuerdo a Husak, su teoría no es vulnerable a ninguno de estos tres problemas. Si el autor está en lo cierto, sin embargo, es una cuestión que ahora le corresponde juzgar al lector.

⁵² En este sentido, véase GREENE, Stuart, «Is There Too Much Criminal Law?», *op. cit.*, nota 38.

⁵³ Véanse *infra*, pp. 281-292.

⁵⁴ Véase *infra*, p. 293.

PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO

Gracias al arduo trabajo de Rocío Lorca Ferreccio, a quién tuve la fortuna de conocer cuando coincidimos como investigadores en la New York University en 2010-2011, *Sobrecriminalización* se encuentra ahora disponible en castellano. Es bueno que este libro haya sido traducido. En varios sentidos, la sobrecriminalización es un problema que está presente a nivel global. Todos los países deben enfrentar los desafíos del doble fenómeno de demasiado Derecho penal y demasiado castigo. Tengo la certeza, sin embargo, de que Estados Unidos es el lugar que mejor ejemplifica estos problemas. Estoy seguro de que otros países tienen mucho que aprender de la manera en que aquí hemos diagnosticado nuestra situación y nos proponemos remediarla. Nosotros, por nuestra parte, tenemos mucho que aprender de otros países que han logrado mantener la magnitud de este fenómeno dentro de límites más o menos aceptables. ¿Qué hemos hecho mal en Estados Unidos y cómo podemos evitar que estas dificultades se perpetúen hacia el futuro? ¿Cómo pueden los demás países evitar cometer nuestros errores? Un diálogo internacional es necesario tanto para entender como para enfrentar estas cuestiones. Sólo me queda esperar que esta traducción de *Sobrecriminalización* ayude a facilitar el necesario intercambio.

Desde su publicación en 2008, *Sobrecriminalización* ha estimulado una cantidad no despreciable de respuestas críticas por parte de filósofos del Derecho¹. He hecho mi mejor esfuerzo por responder y no pretendo replicar

¹ Véase GARDNER, John, «Douglas Husak, Overcriminalization», *Notre Dame Philosophy Reviews*, 2008; SOCCIA, Danny, «Douglas Husak: Overcriminalization (review)», *Ethics*, 2008, p. 189; RAMSAY, Peter, «Overcriminalization as Vulnerable Citizenship», *Modern Law Review*, 13(2), 2010, p. 262; MOORE, Michael S., «A Tale of Two Theories», *Criminal Justice Ethics*, 28, 2009, p. 27; HURD, Heidi M., «Paternalism on Pain of Punishment», *Criminal Justice*, 28, 2009, p. 49; TADROS, Victor, «The Architecture of Criminalization», *Criminal Justice Ethics*, 28, 2009, p. 74; SIMESTER, A. P., y VON HIRSCH, Andrew, «Remote Harms and Non-constitutive Crimes», *Criminal Justice Ethics*, 28, 2009, p. 89; YOUNG, Robert, «Douglas Husak on Dispensing With the malum prohibitum Offense of Money Laundering», *Criminal Justice Ethics*, 28, 2009, p. 108; BROWN, Darryl K., «Can Criminal Law Be Controlled?», *Michigan Law Review*, 108, 2010, p. 971; GREEN, Stuart, «Is There Too Much Criminal Law?», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6, 2009 p. 737; MUNRO, Vanessa E., «Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law», *New Criminal Law Review*,

dicho esfuerzo en esta oportunidad². Desde mi punto de vista, gran parte de las críticas tienen que ver con el tipo de detalle al que nosotros, los filósofos, estamos acostumbrados. Pero nadie ha desafiado seriamente las principales premisas del libro: que la sobrecriminalización es un gran problema para el Derecho penal en todo el mundo y especialmente en ordenamientos anglo-americanos; que este fenómeno se manifiesta de diversas maneras, especialmente debilitando el Estado de Derecho al transferir una enorme cantidad de poderes discrecionales a la policía y demás órganos de persecución penal; y que los filósofos del Derecho deberían responder a este fenómeno con el discreto rol de defender principios de criminalización a los que las leyes penales deberían ajustarse. Aun si los detalles de la presentación del problema son controvertidos, su estructura general no lo es.

Más importante todavía, *Sobrecriminalización* ha ayudado a atraer más atención al tema de la criminalización entre los teóricos del Derecho anglo-americano. Durante muchos años mis pares y colegas contaban con que yo recitara mi mantra de que los teóricos del Derecho penal han prestado demasiado poca atención a la cuestión de cómo identificar y aplicar las condiciones normativas que deben ser satisfechas para que una conducta pueda constituir un objeto apropiado de responsabilidad penal y castigo. Esta aseveración ya no constituye una crítica demasiado relevante. Han aparecido excelentes libros en el ámbito de la criminalización y muchos otros están en camino³. Aun cuando algunos de mis argumentos sean defectuosos, invito a los filósofos del Derecho a construir sobre ellos y desarrollar una mejor teoría de los límites de la sanción penal.

12, 2009, p. 323; DONOSO M., Alfonso, «Douglas Husak: Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law (review)», *Criminal Law and Philosophy*, 4, 2010; HORNER, Jeremy, «Douglas Husak: Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law (review)», *Social Theory & Practice*, 35, 2009, p. 483; SEGEV, Re'em, «Is the Criminal Law So Special», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1, 20120, p. 3; GUR-AYRE, Miriam, «Douglas Husak: Overcriminalization», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1, 2010, p. 21; YAFFE, Gideon, «Harmfulness, Wrongfulness, Lesser Evils and Risk-Creation: A Comment on Douglas Husak's Overcriminalization», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1, 2010, p. 35.

² Véase HUSAK, Douglas, «Convergent Ends, Divergent Means: A Response to My Critics», *Criminal Justice Ethics*, 28, 2009, p. 119; HUSAK, Douglas, «Repaying the Scholar's Compliment», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1, 2010, p. 70.

³ En el mundo anglo-americano, estos libros incluyen la serie de cuatro volúmenes editada por DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo, y TADROS, Victor, *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010; *The Structures of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013; y *The Realm of the Criminal Law*, en prensa, 2013. Otras contribuciones notables incluyen, SIMESTER, A. P., y VON HIRSCH, Andrew, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Oxford, Hart Pub. Co., 2011; y BAKER, Dennis J., *The Right Not to be Criminalized: Demarcating Criminal Law's Authority*, London, Ashgate, 2011. También han aparecido un gran número de libros excelentes sobre aspectos específicos de la criminalización de determinados delitos como el homicidio, el robo, la violación y la tentativa.

Mis críticos apuntan tres defectos en mi teoría que reconozco como problemáticos, y que espero haber rectificado con algo más de detalle. Primero, mi foco se encuentra situado exclusivamente en los límites del Derecho *penal*, que defino como las conductas que tornan vulnerable a una persona al *castigo* estatal. Aun cuando todavía pienso que el Derecho penal tiene una significación especial, la frontera entre los modos de control social penales y no penales es sutil y probablemente deba ser presentada como una cuestión de grado más que como una distinción de tipo. Avanzaremos poco si reducimos el tamaño y alcance del Derecho penal a la vez que expandimos formas no penales de control social para que ocupen su lugar. Aquellos autores que restringen su foco de manera exclusiva a la sanción penal deben permanecer alerta para asegurarse de que los espacios que la retracción del Derecho penal ha dejado disponibles no sean meramente ocupados por medios no penales de coerción.

Un segundo punto que está relacionado con lo anterior es que cada vez se exige más al Estado que prevenga riesgos de peligros futuros en adición a castigar los ilícitos culpables que ya han tenido lugar. Montones de filósofos del Derecho se han mostrado fascinados por los problemas normativos que plantean los sistemas de detención preventiva. Muchos, y quizás la mayoría de estos académicos, piensan que estos sistemas representan un dudoso compromiso entre la justicia penal (diseñada para el castigo de quienes son malos e imputables) y las medidas terapéuticas (diseñadas para incapacitar a quienes son inimputables y peligrosos). Mi inclinación, sin embargo, es intentar alejar lo más posible los sistemas de justicia preventiva del ámbito de la justicia penal⁴. El principal objetivo de esta asimilación es extender a los sistemas de protección preventiva las garantías sustantivas y procesales que han estado siempre disponibles a quienes han sido acusados de cometer un delito. Mi principal preocupación, sin embargo, es que esta asimilación termine por debilitar dichas garantías y corromper aún más al propio Derecho penal.

Tercero, algunos de mis críticos dudan que el Derecho penal debiera ocuparse exclusivamente de los que he denominado ilícitos *públicos*. En cambio, creen que el Derecho penal tiene, prima facie, una razón para prohibir todo tipo de ilícito (incluso aquellos que he denominado ilícitos *privados*). Sostuve que sería muy difícil explicar por qué el Derecho penal y el castigo deben concernir al Estado si la sanción penal no se limita a aquellas acciones que además de violar derechos de las víctimas afectan intereses legítimos de toda la comunidad. Mis adversarios me han desafiado a ofrecer una teoría sobre

⁴ Véase HUSAK, Douglas, «Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment», *San Diego Law Review*, 48, 1173 (2011); HUSAK, Douglas, «Preventive Detention as Punishment? Some Possible Reservations», en ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucía, y TOMLIN, Patrick (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 178.

la supuesta distinción entre estos dos tipos de ilícitos. Hasta ahora no he logrado resolver esta preocupación, ni siquiera en mis propios términos. Me consuelo con sostener que sus intentos por defender una explicación alternativa sobre el rol central del Estado en el Derecho penal tampoco han sido convincentes. Más aún encuentro consuelo en el hecho de que la distinción entre lo público y lo privado es demasiado difícil de establecer en *cualquier* contexto. Los teóricos siguen estando en desacuerdo, por ejemplo, sobre si acaso nuestra privacidad se ve amenazada por ciertos tipos de vigilancia que las nuevas tecnologías han hecho posibles. Aun así, nadie concluye de estos desacuerdos que la privacidad no sea importante o que sea una pura ilusión. No debería sorprendernos que un contraste tan difícil de establecer en cualquier esfera sea tan obstinadamente problemático cuando se aplica al ámbito de las acciones ilícitas.

A pesar de las observaciones recién escritas, quisiera concluir con un comentario precavidamente optimista. Aun cuando es difícil estar seguros, el doble fenómeno de la sobrecriminalización y el sobrecastigo parece haber llegado a su punto culmen y encontrarse en retirada. De hecho, la población penitenciaria ha empezado a disminuir en algunos ordenamientos; los ciudadanos simpatizan más con las alternativas al encarcelamiento. Adicionalmente, pueden vislumbrarse avances alentadores tanto en las actitudes públicas como en las respuestas legales al consumo ilícito de drogas (quizá el principal responsable de la sobrecriminalización en Estados Unidos y en otras partes)⁵. Los estados se muestran más proclives a ofrecer tratamientos en vez de prisión y a repensar los mínimos obligatorios en la determinación de la pena por delitos de drogas. Más importante todavía (desde la perspectiva del problema de la sobrecriminalización), los votantes de muchos estados han decidido que algunos tipos de consumo de drogas no deberían castigarse en absoluto. Washington y Colorado se encuentran actualmente en proceso de implementar esquemas de descriminalización del consumo de marihuana, y es probable que otros ordenamientos sigan este ejemplo. Algunos criminólogos han proporcionado pruebas convincentes de que la tasa de delitos violentos no se ve afectada por la incidencia del consumo ilícito de drogas, debilitando el argumento más respetable a favor de la proscripción de sustancias controladas⁶. La explicación más plausible para estas tendencias es la recesión económica de la que los países de todo el mundo recién empiezan a recuperarse. El castigo que acarrear las infracciones penales es caro, y las realidades económicas han obligado a los estados a emplearlo con más parsimonia. Creo que los filósofos del Derecho merecen sólo un

⁵ Véase HUSAK, Douglas, *Drugs and Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

⁶ Véase HUSAK, Douglas, «Drugs, Crime, and Public Health: A Lesson from Criminology», en VIENS, A. M.; COGON, John, y KESSEL, Anthony (eds.), *Criminal Law, Philosophy, and Public Health Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, en prensa, 2013.

pequeño crédito por estos desarrollos. Sin embargo, sabemos que algunas ideas importantes se han escurrido desde estas torres de marfil. Cada uno de nosotros debería hacer lo que puede para combatir la masiva injusticia que acarrea la sobrecriminalización.

Douglas HUSAK
Rutgers University
28 de febrero de 2013

PREFACIO

Tengo dos objetivos centrales en este libro. De manera bastante evidente, defenderé una teoría acerca de los límites de la sanción penal para hacer frente al problema de la sobrecriminalización. Aun así, es importante reconocer que esta teoría tiene una aplicación todavía más amplia. Una teoría de la criminalización es necesaria para justificar aquellas normas penales que debemos mantener así como para identificar los criterios que inciden sobre la creación de nuevas leyes penales. Sin embargo, dado que me interesa más retardar la sobrecriminalización que alcanzar estos últimos objetivos, la teoría que presento consiste en los límites a la sanción penal antes que en las razones para extenderla. Mi segundo objetivo consiste en situar este esfuerzo en la teoría del Derecho penal y, más generalmente, en la filosofía del Derecho. Este último objetivo no es menos importante que el primero. A pesar de que frecuentemente he sostenido que se ha prestado demasiada poca atención al tópico de la criminalización, también pienso que los recursos necesarios para producir una teoría en este ámbito pueden encontrarse en la riqueza del trabajo académico de diversos teóricos del Derecho, aun cuando tales recursos no se hayan explotado con este propósito.

Los filósofos del Derecho que se especializan en la teoría del Derecho penal pueden dividirse en dos grupos. El primero está compuesto por filósofos académicos que poseen un extraordinario conocimiento sobre responsabilidad moral e intentan aplicar sus ideas a cuestiones de responsabilidad criminal. Algunos escriben libros completos que (supuestamente) versan sobre Derecho penal, pero difícilmente mencionan algún caso o alguna ley penal. El segundo grupo está compuesto por profesores de Derecho que saben mucho acerca de leyes y casos penales pero que no están especialmente versados en filosofía. Muchas veces su sofisticación filosófica se limita a discutir cómo sus ideas podrían ser recibidas por la tradición de la disuasión o la retribución*.

Por supuesto, el trabajo de los filósofos del Derecho se sitúa en algún punto del continuo entre estos dos extremos. Pienso que este libro se en-

* *N. de la T.*: El autor distingue entre retribución y disuasión, una distinción que no calza completamente con la división tradicional en la filosofía del Derecho penal continental, que opone a la tradición retributiva la tradición preventiva.

cuentra justo en el medio de estos dos grupos. Intentaré mantenerme firmemente anclado en el Derecho penal existente, al tiempo que me basaré en gran medida en la filosofía contemporánea de la moral, la política y el Derecho. A lo largo del camino también me tomaré la libertad de utilizar el trabajo empírico de la criminología. Espero que mi esfuerzo capture lo mejor que pueden ofrecer estas disciplinas. Mi aspiración es producir un libro que no sea ni muy filosófico para los teóricos del Derecho ni muy jurídico para los filósofos.

El segundo de mis objetivos es consistente con mi tendencia a citar las contribuciones relevantes de filósofos y académicos del Derecho. Aquellos lectores que compartan mi interés en la filosofía y el Derecho sabrán que los filósofos usan notas al pie con mucha menor frecuencia que los juristas. Dado que mi investigación está situada en la intersección entre estas dos disciplinas, inicialmente intenté limitar el número de referencias a un punto intermedio. Eventualmente, mis esfuerzos se fueron inclinando hacia el estilo favorecido por la teoría del Derecho. La abundancia de notas al pie refleja la segunda de mis ambiciones. Mi contribución a la teoría del Derecho penal se construye a partir de las ideas de una serie de filósofos y teóricos del Derecho.

Tengo lo que parece una fantasía acerca de cómo será recibido un libro sobre criminalización. La filosofía en general, también la filosofía del Derecho, se ha transformado crecientemente en una disciplina especializada en la que sus expertos dialogan exclusivamente entre sí. Asuntos de relativa menor importancia han dado origen a una gran cantidad de literatura, mientras que asuntos más centrales (como el que se explora en este libro) no han recibido prácticamente ninguna atención. Los congresos académicos tienen una dinámica predecible. Se desarrollan argumentos; se presentan objeciones; se defienden contra-argumentos; y todos vuelven a casa a comenzar este ciclo nuevamente. No es demasiado lo que está en juego por lo que no parece necesario alcanzar conclusiones. Estoy convencido de que esto es diferente en el caso de la criminalización. Aun si todos los argumentos que presento fuesen débiles, ninguna persona razonable podría cuestionar la gravedad de los problemas que describo ni la necesidad de resolverlos. Tengo la esperanza de que los autores comenzarán a trabajar juntos para llenar un gran vacío en la teoría del Derecho: la ausencia de una teoría respetable que sirva para retardar el proceso mediante el cual el exceso de legislación penal produce un exceso de castigo. La necesidad práctica de una teoría de esta naturaleza es de tal magnitud que los filósofos del Derecho no pueden darse el lujo de levantar objeciones a los principios existentes sin, al mismo tiempo, ofrecer mejores ideas que aquellas que rechazan.

Pienso que mi metodología es bastante sencilla. Nadie ha propuesto una manera de avanzar en cuestiones normativas sin la utilización de experimentos mentales. Se describen casos imaginarios que interpelan al lector para

que realice un juicio y estas respuestas luego son usadas para confirmar o rechazar principios abstractos o teorías. Este mecanismo es difícil de evitar y, ocasionalmente, yo lo utilizaré. Sin embargo, evitaré casos hipotéticos que sean incontroladamente extravagantes y poco familiares del tipo que ha contribuido a la mala reputación que la filosofía goza entre los académicos del Derecho. Dudo que deba otorgarse demasiada credibilidad a las reacciones que tienen las personas que son interpeladas por estos casos extravagantes. Más aún, no me involucro en la megateorización: en la búsqueda de una tesis unitaria acerca de la función o fines del Derecho penal¹. Aun cuando frecuentemente paso de lo muy general a lo muy particular, me resisto a utilizar los *ismos* en general y en particular, en sus más comunes utilizaciones. Me refiero a mi teoría como *minimalismo* penal, pero uso este término más como un eslogan que como el nombre de una tesis unitaria acerca del Derecho penal. La teoría de la criminalización que desarrollo se basa tanto en la tradición retributiva como en la consecuencialista y no emana de una perspectiva liberal ni de una conservadora. Creo que el persistente uso de estas vagas etiquetas obstaculiza el debate político y jurídico, y aspiro a producir un argumento en contra de la sobrecriminalización que sea persuasivo para autores de todo el espectro político. Lectores de todas las ideologías son bienvenidos a basarse en mi teoría de la manera que mejor les parezca. Finalmente, no parto de una presunción de veracidad de ninguna aproximación a la moral en particular. Más allá de que rechazo el utilitarismo, permanezco neutral frente los detalles o fundamentos de una teoría moral.

A pesar de que frecuentemente se ha escrito acerca de un «giro hacia la práctica» de la filosofía, luego de estudiar el panorama me he convencido de que la mayoría de la producción académica sigue siendo decididamente impráctica. Esta tendencia es especialmente desafortunada en el caso de los filósofos del Derecho, cuya especialidad provee una perspectiva ideal para identificar la injusticia. La mayoría de los debates jurídicos a los que hemos contribuido los filósofos del Derecho tienen una aplicación abstracta y remota a los problemas del mundo real. Los interminables refinamientos a las varias formas de positivismo son quizás el mejor ejemplo de este fenómeno. No estoy apelando a un retorno a los tiempos en que los académicos se encontraban más envueltos en la política partidista. Pero nuestras investigaciones deberían ser más sensibles a las injusticias que nos rodean.

Parte importante del impulso para escribir este libro fue el resultado de mis trabajos previos sobre la justificación de la ilegalización de la droga. A lo largo de los años me he esforzado mucho por entender por qué el Estado tendría una justificación para castigar a personas que consumen drogas con

¹ Para un análisis de la «megateorización» y los académicos que aspiran a ella, véase DUFF, R. A., «Theorising Criminal Law: A 25th Anniversary Essay», *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, pp. 353 y ss.

finés recreativos. Claramente, este proyecto no podía completarse sin primero tener una idea general acerca de qué es lo que autoriza al Estado a castigar a alguien por algo. Perseguir esta última idea conduce, naturalmente, hacia el desarrollo de una teoría de la criminalización. Sigo convencido de que el Estado carece de una buena razón para castigar a los consumidores de droga. Sin embargo, en este libro la ilegalización de la droga es tan solo un ejemplo de sobrecriminalización y no el foco central de mi atención.

He llegado a la convicción de que mis ideas sobre sobrecriminalización han sido validadas como resultado de haber presentado mi teoría a muchos grupos de filósofos y teóricos del Derecho. Frecuentemente, los autores preguntan cómo se aplica mi teoría a los casos difíciles en los que personas razonables podrían diferir. Obviamente, no puedo explorar esas materias en detalle en este libro. Pero confío en que los pros y contras de diversos asuntos controvertidos se pueden debatir plenamente dentro del marco teórico que ofrezco. Me consideraría altamente exitoso si logro desarrollar una teoría viable de la criminalización en la que los asuntos relevantes para la resolución de cuestiones particulares se encuentran expresados dentro de los parámetros que propongo.

Si el argumento central de este libro es correcto, la injusticia es un fenómeno muy extendido en el ámbito de lo penal. He tratado de mantener un tono académico y sobrio en la descripción de este lamentable estado de la cuestión. Sin embargo, apenas me es posible esconder mi indignación frente a lo que me parece una injusticia de proporciones monstruosas. Las cualidades de un sistema de justicia penal son un parámetro importante para medir lo valioso de una comunidad política. Dejando a un lado las declaraciones de guerra, ninguna decisión estatal tiene mayor significado que el juicio acerca de qué conductas prohibir y con cuánta severidad castigarlas. Desafortunadamente, sin embargo, las decisiones contemporáneas de criminalización no se conforman a ningún principio normativo. El sistema de justicia penal, por cuya mejora han trabajado tan arduamente tantos, es utilizado con fines perversos e inmorales. La pasividad de la comunidad de filósofos del Derecho (y de gran parte de la sociedad estadounidense) frente a estas atrocidades es por lo menos trágica. Parecemos ser completamente indiferentes al hecho de que cientos de miles de ciudadanos, que en poco se diferencian de nosotros, pasan en prisión la mayor parte de sus años productivos (a expensas de los contribuyentes, podría añadir). Los académicos no deberían permanecer en silencio frente a estas injusticias.

Uno podría utilizar el tema de la sobrecriminalización como una oportunidad para discutir sobre casi cualquier área de la filosofía jurídica y política. En tanto objeto de estudio, se conecta de manera bastante directa con muchos temas jurídicos, políticos y morales. Simplemente mencionaré una de las muchas direcciones posibles que decidí no tomar. Aun cuando me quejo de la injusticia de nuestro sistema de Derecho penal, tiendo a no describirla

en términos socioeconómicos. Podría parecer imposible escribir un libro acerca de la injusticia en el Derecho penal sin prestar más atención al hecho de que la gran mayoría de las personas castigadas por conductas criminales son personas social y económicamente desaventajadas. Uno podría preguntarse, por ejemplo, por qué pequeños hurtos son perseguidos vigorosamente mientras que los grandes y medianos evasores de impuestos son escasamente perseguidos aun cuando defraudan al gobierno con sumas de dinero mucho mayores que las que puede llegar a robar un pequeño ratero. Estos son asuntos de extrema importancia. Sin embargo, en la mayor parte de este libro no son analizados. Tengo una mayor ansiedad por demostrar cómo las injusticias asociadas a la sobrecriminalización nos afectan a todos, ricos y pobres.

A continuación presento una sencilla hoja de ruta para este libro. El capítulo I describe el problema general para el cual ha sido desarrollada mi teoría. Discuto el fenómeno de la sobrecriminalización y por qué deberíamos preocuparnos al respecto. Aun cuando la sobrecriminalización es perjudicial por diversas razones que mencionaré brevemente, su consecuencia más perniciosa es la injusticia que produce el exceso de castigo. Los capítulos II y III introducen y desarrollan mi teoría de la criminalización. Esta teoría consiste en una serie de restricciones que limitan el uso de la sanción penal. Sostengo que las restricciones descritas en el capítulo II son internas al Derecho penal y que ninguna teoría respetable acerca de los límites del Derecho penal puede darse el lujo de ignorarlas. Las restricciones defendidas en el capítulo III son, en cierta forma, diferentes; dependen de una teoría normativa controvertida, importada desde fuera del Derecho penal. Esta teoría describe las condiciones bajo las cuales el Estado puede infringir el derecho a no ser castigado. En el capítulo IV examino tres teorías alternativas sobre criminalización y sostengo que mi teoría es superior a cada una de ellas. Si los competidores de mi teoría son deficientes, como creo, cualquier problema que ésta presente aparecerá como algo más manejable. Aun así debo reconocer que, lamentablemente, muchos de los argumentos cruciales que presentaré no son concluyentes. Todavía queda por hacer gran parte del trabajo. Sólo estoy dando inicio a la difícil tarea de formular un conjunto de restricciones que retarde la formidable expansión del uso de la sanción penal.

AGRADECIMIENTOS

Tengo una enorme deuda con la legión de teóricos del Derecho penal que han influido y modificado mis ideas. Tres merecen ser mencionados con nombre y apellido. George Fletcher despertó mi interés en la filosofía del Derecho penal. Sigo creyendo que su obra maestra *Rethinking Criminal Law* es el mejor libro en teoría del Derecho penal que se ha escrito en el último siglo. Es tan sólo una pequeña exageración decir que toda mi carrera se ha dedicado a confrontar los problemas que encontré por vez primera en *Rethinking*. Mi más reciente deuda, tanto personal como profesional, se la debo a los dos mejores teóricos del Derecho penal angloamericano, uno a cada lado del atlántico. Michael Moore siempre tiene algo extraordinariamente sofisticado y reflexivo que decir frente a virtualmente todos los problemas de la filosofía del Derecho penal y su influencia se extiende a casi todas las ideas que defiendo aquí. A mayor abundamiento, el contagioso entusiasmo de Moore por la discusión filosófica se expresa en su disposición a organizar mesas redondas en muchos de los lugares más encantadores de Estados Unidos, incluida su propia casa. He tenido el privilegio de asistir a muchas de estas maravillosas sesiones, donde muchos de mis argumentos fueron puestos a prueba y refinados. Reservo una mención especial para Antony Duff. Aun una lectura superficial de este libro muestra la medida en que mi trabajo depende de su profunda y humana contribución a la teoría del Derecho penal y a la filosofía del castigo. Más aún, fue Duff quien primero sugirió que reuniera mis desordenadas ideas sobre criminalización en un libro (idealmente) coherente. Sin su estímulo no habría llevado a cabo este esfuerzo. Finalmente, Duff ha sido instrumental mediante la organización de coloquios en los que teóricos del Derecho penal de todo el mundo se reúnen para intercambiar ideas. El más valioso de estos coloquios (para mí) se celebró en la Universidad de Stirling en octubre de 2006, donde Duff invitó a más de una docena de distinguidos académicos a leer y comentar una versión anterior de este manuscrito. Respuestas por escrito fueron presentadas por Sandra Marshall, Scott Veich, James Chalmers, Bob Sullivan, Rowan Cruft, Victor Tadros y Bjarke Viskum. Como era de esperar, las ideas más importantes en el coloquio, tanto orales como escritas, fueron ofrecidas por el propio Duff. Es difícil imaginar a un autor que estuviera más en deuda con un colega (y amigo).

Agradecimientos

Recibí gran ayuda de los siguientes autores, cada uno de los cuales generosamente leyó versiones completas del manuscrito: Hugh LaFollette, Roger Shiner, Andrew von Hirsch, Antony Duff (de nuevo), Kim Ferzan, Kevin Michaels y Ken Levy. Los últimos dos académicos fueron excepcionalmente rigurosos, llamando mi atención sobre errores grandes y también pequeños. Espero que estos lectores reconozcan aquellos lugares en los que su contribución marcó una diferencia para la versión final. Recibí valiosas sugerencias de muchos académicos para ciertas partes del manuscrito, incluyendo a Saul Smilansky y Don Regan. Chris Clarkson y Kimberley Brownlee prepararon comentarios escritos en una versión del capítulo I presentada a la British Academy en Londres en enero de 2007. J. J. Prescott elaboró una respuesta a una versión que presenté en la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan. La influencia del ya fallecido Joel Feinberg debería ser evidente en mi estilo de exposición y mi reticencia a involucrarme en una teorización muy profunda. También agradezco a las audiencias de las numerosas universidades en las que presenté borradores de este libro, así como a los estudiantes de mis seminarios de teoría del Derecho penal en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Rutgers y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan.

Finalmente, agradezco el apoyo y paciencia de Linda, el amor de mi vida.

CAPÍTULO I

LA CANTIDAD DE DERECHO PENAL

En los últimos años las dos características más distintivas del sistema de justicia penal federal y estatal de Estados Unidos son la dramática expansión de su Derecho penal sustantivo y el extraordinario incremento en el uso del castigo penal. Mi interés principal en este libro se restringe a la primera de estas características: el crecimiento explosivo en el tamaño y alcance del Derecho penal. Dicho de manera concisa, el problema más urgente del Derecho penal actual es que tenemos demasiado. Mi ambición es formular una *teoría de la criminalización*, esto es, un marco normativo que permita distinguir aquellas leyes penales que se encuentran justificadas de aquellas que no. La aplicación de esta teoría proporciona una estructura de principios para revertir la tendencia a la aprobación de demasiadas leyes penales. La sobrecriminalización es perjudicial por diversas razones que mencionaré brevemente, la más importante de las cuales requiere una discusión de la segunda de las evoluciones mencionadas: la expansión masiva de la pena estatal. Desde mi punto de vista, la sobrecriminalización es objetable fundamentalmente porque produce demasiado castigo. El problema central con el castigo es análogo al problema central del Derecho penal: tenemos demasiado. Influgimos *demasiado* castigo porque muchas de estas penas son injustas. La pena puede ser injusta por diversas razones. La mayoría de los autores están de acuerdo con que la mayoría de los castigos impuestos en Estados Unidos hoy, son injustos porque son excesivos, aun si son impuestos por conductas que, de acuerdo a cualquier persona razonable, deberían estar prohibidas por nuestras leyes penales. Pero también tenemos una gran cantidad de castigos injustos por una razón más básica. Una cantidad sustancial de castigos contemporáneos son injustos porque son impuestos en razón de conductas que no deberían encontrarse criminalizadas. O, al menos, eso sostendré.

Este capítulo contiene cuatro apartados que muestran por qué una teoría de la criminalización es necesaria. En el primer apartado discuto cada una de estas características distintivas de nuestra justicia penal. Tenemos grandes cantidades de castigo y grandes cantidades de Derecho penal. Pero aun cuando tengamos grandes cantidades de ambos, no podremos decir si

acaso tenemos *demasiado* castigo o Derecho penal sin una teoría normativa que nos señale qué castigos y leyes penales se encuentran justificados. En los capítulos II y III, defenderé una teoría que nos permitirá decidir sobre esas materias. Por ahora, defenderé mi tesis de manera presunta e intuitiva mostrando que tenemos más castigo y leyes penales de lo razonable (y más de las que hemos tenido en otros tiempos y lugares). En la segunda sección examino la compleja relación entre estos dos fenómenos. La expansión de las leyes penales incrementa los niveles de castigo de manera bastante obvia: anexando una pena a conductas previamente permitidas. Pero el proceso mediante el cual más leyes penales se traducen en más castigo no siempre es evidente. Más Derecho penal causa más castigo debido a realidades del proceso penal que los filósofos del Derecho suelen ignorar. En el tercer apartado proporciono ejemplos de leyes penales de dudosa validez y realizo una clasificación aproximada de algunos de los nuevos tipos de legislación penal que se han establecido. A menos que una teoría de la criminalización se pretenda aplicar a cada ley penal, necesitamos entender qué *tipos* de ley son aquellos a los cuáles se aplicará esta teoría. En el cuarto y último apartado, me concentro en detalle en un ejemplo específico de cómo más Derecho penal produce más castigo. Ningún caso puede ser perfectamente representativo de las tendencias que discuto, pero el caso que he seleccionado contiene muchas de las características que nos deberían persuadir acerca de la injusticia que conlleva la sobrecriminalización. Este capítulo contiene relativamente poco contenido normativo. Pero si los argumentos de este capítulo son consistentes, habré sentado las bases para el análisis normativo que sigue mediante la demostración de que una teoría de la criminalización es necesaria para ayudar a revertir nuestra tendencia a dictar demasiadas leyes penales y de castigar a demasiadas personas.

1. DEMASIADO CASTIGO, DEMASIADOS DELITOS

Eventualmente voy a concluir que hoy, en Estados Unidos, tenemos mucho castigo y muchos delitos. Castigamos y criminalizamos en exceso. Decir que tenemos *demasiado* de algo implica un estándar o un punto de referencia desde el cual podemos decidir si algo es muy poco, insuficiente o está en su justa medida. Para los filósofos del Derecho, la justicia provee el estándar relevante. Sin embargo, antes de defender principios de justicia que sostengan mi posición, debo contentarme con ofrecer una defensa presunta e intuitiva en su favor, mediante la exposición de los exorbitantes niveles de castigo y la enorme cantidad de leyes penales. El hecho de que tengamos tanto castigo y tantas leyes penales es crucial para ayudarnos a apreciar tanto la enormidad como la urgencia del desafío normativo que enfrentamos. Personas razonables deberían anticipar que niveles tan masivos de penas y leyes penales serán imposibles de justificar.

Comenzaré con una breve reseña de los niveles actuales de castigo en Estados Unidos, pues los datos sobre nuestras prácticas punitivas son ampliamente publicados por los criminólogos contemporáneos y son relativamente fáciles de comprender. Las tasas de encarcelamiento proporcionan la medida más común de los niveles que alcanza el castigo estatal. Durante el año 2005 alrededor de 2,2 millones de personas ingresaron en cárceles y prisiones, federales y estatales, lo que supone una tasa de 737 reclusos por cada 100.000 habitantes. Consecuentemente, uno de cada 138 habitantes es encarcelado. Se estima que uno de cada 20 niños nacidos en Estados Unidos está predestinado a pasar por una prisión estatal o federal en algún momento de su vida¹. Las minorías están desproporcionadamente representadas tras los barrotes: el 12,6 por 100 de hombres negros entre 25 y 29 años se encuentran en la cárcel o en prisión, comparado con un 1,7 por 100 de hombres blancos de la misma edad².

A pesar de que las tasas de encarcelamiento se usan para medir la punitividad de una sociedad, una mejor indicación podría ser el número de personas bajo control y supervisión del sistema de justicia penal (una cifra que incluya la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional). Las tendencias políticas así como el presupuesto de los Estados tienen menos impacto en el número de individuos bajo supervisión correccional porque los tribunales están obligados a imponer *algún* tipo de sentencia a las personas que han sido condenadas por un delito. Nuestra tendencia a olvidar la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional cuando evaluamos los niveles de castigo penal, probablemente refleja lo mucho que nos hemos acostumbrado a nuestras políticas punitivas; muchos ciudadanos creen erróneamente que la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional son alternativas compasivas al castigo en vez de modos o tipos de pena. En cualquier caso, el número de individuos que se encuentran bajo el control y supervisión del sistema de justicia penal creció velozmente en el último cuarto del siglo XX y ha continuado creciendo durante los primeros años del siglo XXI. Aproximadamente otros 4,2 millones de personas se encuentran bajo suspensión condicional de la pena y 784.000 se encuentran en libertad condicional en los Estados Unidos, lo que da un total global superior a siete millones³. Estos individuos son susceptibles de encarcelamiento si violan los términos bajo los cuales fueron sometidos a la suspensión condicional de la pena o a la libertad condicional.

Una forma de comprender la magnitud de estos números, es comparándolos con los de otros tiempos y lugares. El alto nivel de castigo es un

¹ Estos datos fueron obtenidos del U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics: *Sourcebook of Criminal Justice Statistics* (2005), tablas 6.13 y 6.29.

² Para un resumen del impacto racial de las políticas de justicia penal, véase TONRY, Michael, *Malign Neglect: Race, Crime, and Punishment in America*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.

³ *Sourcebook, op. cit.*, en nota 1, tabla 6.1.

fenómeno relativamente reciente en Estados Unidos. Nuestra tasa de encarcelamiento se disparó después de los años setenta, cuando se mantenía en 144 reclusos por cada 100.000 residentes. El tamaño de la población penitenciaria casi se ha cuadruplicado desde 1980, una expansión sin precedentes en nuestra historia⁴. Una historia similar ocurre cuando nos comparamos con otras naciones. A pesar de que la incidencia del encarcelamiento ha aumentado en muchos lugares, Estados Unidos tiene de lejos la mayor tasa en el mundo —cerca de cinco veces superior a la de cualquier otro país occidental industrializado—. Dado que en todo el mundo hay cerca de ocho millones de personas tras las rejas, un cuarto de ellas están encarceladas en Estados Unidos. Probablemente ninguna nación —y ciertamente ninguna democracia— ha tratado de autogobernarse al tiempo que encarcela a tan alto porcentaje de su población. Algunos autores se han esforzado por identificar las fuerzas sociales y políticas que explicarían lo que podría denominarse excepcionalismo estadounidense: por qué recurrimos al castigo penal con mayor facilidad que otros países en general y que los países de Europa Occidental en particular⁵.

El gran número de personas bajo control y supervisión de la justicia penal revela sólo parte de lo que es más preocupante acerca de nuestra tendencia a criminalizar en exceso. Actualmente el castigo penal no sólo es un lugar común en los Estados Unidos, sino que también es distintivo en cuanto a su severidad en relación con los países de Europa Occidental. Aun en su mejor versión, la vida en prisión es vacua y aburrida y el hacinamiento carcelario ha empeorado muchos aspectos del encarcelamiento. Los reclusos son agredidos por los guardias y por otros internos, y la violación homosexual no es poco usual⁶. Los reclusos pierden virtualmente todos sus derechos de privacidad⁷. La falta de voluntad de la ciudadanía de apoyar reformas penales expresa una aprobación, o por lo menos aceptación, de que estas deplorables condiciones sean parte de la condena. Es imaginable, por ejemplo, que la violación en prisión sea mencionada con sarcasmo en círculos sociales que manifiestan horror frente al abuso sexual en el mundo exterior⁸.

⁴ Ciertamente, una explicación para nuestra tasa de encarcelamiento, históricamente alta, es el hecho de que el internamiento de los enfermos mentales es mucho menos rutinario que en periodos anteriores. Véase HARCOURT, B. E., «From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution», *Texas Law Review*, 84, 2006, pp. 1751 y ss.

⁵ Para un intento, véase WHITMAN, James Q., *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁶ Véase SIGLER, Mary, «By the Light of Virtue: Prison Rape and the Corruption of Character», *Iowa Law Review*, 2006, pp. 561 y ss.

⁷ Véase KRAMER, Donald T., et al. (eds.), *Rights of Prisoners*, 2.^a ed., Colorado Springs, McGraw-Hill, 1993.

⁸ El fiscal general de California, Bill Lockyer, bromeó abiertamente diciendo que «adoraría escuchar personalmente a Kenneth Lay [gerente general de Enron] a una celda de diez por ocho que podría compartir con un tipo tatuado que le dijera: “Hola cariño, mi nombre es Spike”». Véase «Investigating Enron», *Wall Street Journal*, 30 de noviembre de 2001, p. A14.