

Husak, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*, Madrid Marcial Pons, 2013

RICARDO ESCOBAR OSORIO¹

Ante el preocupante crecimiento del Derecho Penal –o sobrecriminalización– que se está dando en Estados Unidos, Douglas Husak se propone desarrollar una teoría de la criminalización que servirá como filtro normativo para identificar los ilícitos penales que están justificados de aquellos que no.

La cantidad de Derecho Penal

Hoy en día, la sobrecriminalización produce mucho castigo, el cual es en su mayoría injusto, pues es producto de leyes penales que criminalizan conductas que no deberían estar criminalizadas. Así, una persona no debería ser sentenciada por conductas que nunca debieron haber dado origen a responsabilidad penal.

¿Por qué es importante una teoría de la criminalización? Existen, actualmente en Estados Unidos, ciertas circunstancias que hacen que sea importante construir una teoría de este tipo:

- El número de personas que actualmente se encuentra bajo el control y supervisión del sistema de justicia penal estadounidense es exorbitante. El hacinamiento, la vida indigna en las prisiones, los efectos negativos del poder punitivo aun después de cumplida la pena, la larga duración de los castigos y su imposición desproporcionada, hacen de la sanción penal un fenómeno excesivo y severo.
- Los fines preventivos de la pena no están cumpliendo su cometido. A pesar del alto nivel de castigo, el crimen se mantiene en niveles inaceptables. Tanto más se expanda el alcance del Derecho Penal, sus efectos disuasorios se verán reducidos y erosionados.

1 Estudiante del pregrado de Derecho, auxiliar de investigación y miembro del semillero de Derecho Penal de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: rescoba7@eafit.edu.co

- En términos de costo-beneficio, el sistema penal estadounidense resulta excesivamente costoso. Es curioso que el sistema penal sea inmune al escrutinio del costo-beneficio que se aplica normalmente a la mayoría de las instituciones estatales. Los recursos utilizados para criminalizar y castigar podrían ser utilizados de mejor manera.

- Los poderes que tiene la policía para arrestar se han visto incrementados a casusa de la sobrecriminalización. Véase que el arresto, al compartir muchas características con el castigo penal, hace que su justificación sea problemática.

Y ¿por qué hay sobrecriminalización? La politización del Derecho Penal es evidente. El sistema penal se caracteriza por su carácter altamente democrático. Los partidos políticos, al igual que los medios de comunicación, ganan popularidad a través de la promoción y propaganda del punitivismo. En Estados Unidos, "liberales y conservadores en realidad no difieren acerca de cuán a menudo el Estado debería recurrir al castigo; su desacuerdo radica fundamentalmente en qué es lo que el Estado debe castigar"².

¿Por qué la sobrecriminalización genera injusticia? Son varias las razones:

- A través de la creación de delitos como los de responsabilidad objetiva –delitos en los que la responsabilidad no puede ser desvirtuada ni por errores de hecho y cuyos resultados no son previsible-, se incentiva la flexibilización de las reglas de imputación que tradicionalmente han servido como una garantía al ciudadano.

- El alto número de conductas delictivas le otorga a la policía y a la fiscalía demasiada discrecionalidad. Es decisión de estos órganos escoger quienes –de los muchos individuos que diariamente incurren en conductas delictivas- van a ser arrestados y procesados. Así, factores como la raza y el lugar de residencia inciden en la probabilidad de ser arrestado. En este sentido, respecto a los delitos de drogas –que constituyen uno de los puntos neurálgicos del fenómeno de la sobrecriminalización- señala el autor: "(...) con toda probabilidad, la guerra contra las drogas habría terminado hace un tiempo ya si no fuera por las prácticas de discrecionalidad que han salvado a los blancos que viven en los suburbios de ser enviados a prisión con la misma frecuencia que afecta a los negros que viven en la ciudad"³.

- El aumento de la criminalización, a través de la creación de delitos que se superponen entre sí⁴ –esto para superar los obstáculos presentes en la obtención

2 Douglas Husak, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 59.

3 *Ibíd.*, p. 76.

4 Además de los delitos que se superponen entre sí, Husak establece otras dos categorías de delitos de dudosa legitimidad: los delitos de prevención de riesgos –los cuales se explicarán más adelante-

de pruebas permitiéndole al fiscal imputar a una misma conducta varios cargos-, le proporciona a la fiscalía herramientas para incentivar la negociación, la cual, está diseñada para asegurar una condena –incluso la del inocente-. Es entonces inevitable que la sobrecriminalización, aun cuando el condenado haya incurrido en una conducta cuya sanción penal sea legítima, produzca condenas y castigos desproporcionados.

Finalmente, este poder ilegítimo que la sobrecriminalización le otorga a la policía y fiscalía, termina atentando contra los principios de legalidad y proporcionalidad propios de cualquier estado de derecho.

- Así las cosas, bajo el actual panorama del sistema penal estadounidense, una persona que incurra en una conducta que nunca debió haber sido prohibida por el Derecho, podrá ser arrestada y acusada por múltiples delitos igualmente injustificados, no teniendo más opción que declararse culpable a cambio de que se le retiren uno o varios cargos y así recibir un castigo menos severo.

A pesar de todas estas injusticias que conlleva la abundancia de leyes penales, llama la atención que los teóricos y filósofos del Derecho Penal no le presten demasiada atención al problema. Husak, al ubicarse dentro del “minimalismo”, da cuenta de los débiles esfuerzos que se han gestado en la doctrina para defender una teoría que límite la expansión del Derecho Penal.

Límites internos a la criminalización

¿Qué elementos comprende la teoría de la criminalización propuesta por el autor? La teoría de la criminalización que nos presenta Husak comprende una serie de restricciones tanto internas –restricciones normativas de orden jurídico penal- como externas –restricciones de orden constitucional- al Derecho Penal. Estas restricciones, como ya se dijo, servirán como límites para la creación de leyes penales.

¿Cuáles son esos límites internos a la criminalización y en qué consisten? Dos de las cuatro restricciones internas, la restricción del mal o daño no trivial y la restricción de la ilicitud o impermisibilidad, tienen fundamento en la parte general del Derecho Penal –lo cual, señala Husak, las hace normativamente defendibles-. La tercera restricción interna al Derecho Penal, la restricción del merecimiento, tiene origen en las teorías justificatorias de la pena y la última de estas restricciones se deriva de un derecho, que según el autor, está en cabeza de todos los ciudadanos. Veamos:

y los delitos auxiliares –delitos que “funcionan como sustitutos para la persecución de delitos principales o nucleares y tienen una relación indirecta con ellos.” (Ibíd., p.89).

- **Restricción del mal o daño no trivial**

Las leyes penales deben estar diseñadas para prevenir un mal o daño no trivial, es decir, la incursión en una conducta criminal debe suponer la creación de un daño importante.

El autor advierte que es difícil establecer cuando el daño que busca prevenir un delito es trivial o no. El legislador no está obligado a dar descripciones razonables y específicas de los propósitos que se tienen al crear un delito. Esta falta de certeza ha permitido que todo resultado que se haya querido prevenir pueda ser interpretado como dañino. Las leyes penales apenas requieren estar orientadas a un objetivo estatal legítimo y hoy en día todo es legítimo.

Ante esta incertidumbre, el autor sugiere que serán legítimas solo aquellas prohibiciones que protejan derechos individuales.

- **Restricción de impermisibilidad**

Esta restricción supone que la realización de cualquier tipo penal deba acarrear una injusticia. Husak admite que también es difícil determinar cuándo una conducta criminal es impermissible o injusta y se limita a plantear ejemplos de delitos vigentes cuya realización no implica una injusticia –por ejemplo los delitos de responsabilidad objetiva-.

- **Restricción del merecimiento**

Casi todas las teorías de la justificación de la pena –las utilitaristas, retribucionistas, paternalistas, expresivas, entre otras- están de acuerdo con que la responsabilidad penal puede ser impuesta solo por conductas cuyo castigo sea merecido. La pena, dice Husak, se justifica solo en la medida en que sea merecida. El merecimiento del castigo constituye entonces la tercera restricción interna al Derecho Penal que compone la teoría de la criminalización propuesta por el autor. El merecimiento de la pena indicará pues, cuando una persona es elegible o no para la aplicación de un castigo penal. Si una pena es excesiva el castigo será también inmerecido, es por esto que esta restricción subyace al principio de proporcionalidad.

- ***Malum Prohibitum***

Husak explica porque ciertas teorías justificatorias de algunos delitos *mala prohibita* –aquellos cuya conducta prohibida no es impermissible o injusta con anterioridad o independencia a la ley- carecen de sentido. Se concluye entonces, que

la gran mayoría de delitos *mala prohibita* –por ejemplo el lavado de dinero- conllevan un castigo cuya justificación es inaceptable, por lo que, de manera particular, las aplicaciones de las restricciones internas al Derecho Penal –especialmente la de impermisibilidad-podrán reducir el número de estos delitos.

Cabe resaltar que el autor reconoce que los conceptos de mal o daño no trivial, impermisibilidad y merecimiento pueden resultar gaseosos y elásticos –“pueden ser (y han sido) estirados para cubrir casi cualquier conducta que alguien pudiera querer prohibir”⁵-. A partir de esta dificultad se plantean algunas preguntas: ¿En qué sentido una conducta debe ser impermissible para que pueda ser criminalizada? ¿Qué mal o daño debe prevenir un delito? ¿Por qué tipo de conductas una persona puede ser merecedora de un castigo penal?

A pesar de la conciencia del autor sobre estos inconvenientes⁶, se echa de menos que no les dé una respuesta definitiva⁷. Simplemente añade que “los delitos que satisfacen nuestros criterios de criminalización deben ser impermisibles en algún sentido inteligible”⁸.

- **¿Un derecho a no ser castigado?**

El castigo penal se caracteriza por contener una intención punitiva y es esto lo que precisamente lo diferencia de otro tipo de sanciones que se le pueden asimilar. Además del sufrimiento que produce la pena, su dimensión expresiva hace que el condenado se vea expuesto a la censura y estigmatización. Es por esto que la sanción de orden penal es la más severa y difícil de justificar.

5 Ibid., p. 172.

6 El autor no es ajeno a las dificultades inherentes en la aplicación de su teoría de la criminalización: “El desafío pendiente más apremiante es, por supuesto, la provisión de contenido sustantivo a cada uno de estos principios. Esta es una tarea para toda la vida –para muchas vidas, de hecho-. La doctrina tendrá éxito solo si colabora con la decisión sobre cómo estas restricciones deberían ser interpretadas y aplicadas a casos particulares. Sus esfuerzos ayudarán a realizar las aspiraciones minimalistas que todos deberíamos compartir: una contracción del tamaño y alcance del Derecho Penal y de la imposición de una pena estatal. A pesar de que aún queda por realizarse una cantidad increíble de difícil trabajo, mi esbozo de teoría debería considerarse como un avance mayor si constituye una mejora respecto de teorías de criminalización alternativas.” (Ibid., p. 267).

7 En este sentido, Rocio Lorca Ferreccio, en la introducción que escribe a la traducción de *Sobrecriminalización* en castellano, dice que “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” (Ibid., p. 18).

8 Ibid., p.175.

Esas consecuencias inherentes al castigo penal permiten que Husak infiera la existencia de un derecho que tenemos los ciudadanos a no ser castigados. Una teoría de la criminalización deberá tener la capacidad de indicar cuando el Estado tiene justificado imponer sufrimiento y censura a través de una pena. Husak distingue entre la infracción y la violación de ese derecho a no ser castigados. Cuando la pena sea impuesta justificadamente tal derecho será infringido. Cuando sea impuesta injustificadamente será violado.

El derecho a no ser castigados tiene unas implicaciones importantes:

- Nos recuerda que las leyes penales son presuntamente injustas, es decir, la carga de la prueba de la justificación de los delitos la tienen quienes lo pretenden crear. He aquí la cuarta restricción. Aquellos que proponen establecer un nuevo delito deberían demostrar que el mismo supera las restricciones del mal o daño no trivial, de impermisibilidad y de merecimiento.

- Nos protege de ciertas justificaciones de la pena que deberían ser inadmisibles. La obtención de una utilidad cualquiera no puede justificar la infracción del derecho a no ser castigados. La expectativa de una utilidad a través de la imposición de una pena no será razón suficiente para su justificación; y de igual manera, "el puro hecho de que una mayoría pueda aprobar una ley que somete a personas a maltrato y censura no proporciona una justificación adecuada para la infracción de nuestros derechos"⁹. Moralmente, será más importante respetar el derecho a no ser castigados que intentar obtener utilidad alguna. En este punto, Husak advierte que el Derecho Penal es poco útil para prevenir, por lo cual, el castigo de aquellos cuya conducta no fue prevenida debe estar justificado.

Límites externos a la criminalización

¿Cuáles son los límites externos a la criminalización y en qué consisten? Husak añade a su teoría unas restricciones externas al Derecho Penal. Estas restricciones se derivan de una teoría política -o constitucional- acerca de las condiciones que se deben de satisfacer para justificar la expedición de una ley penal que tendrá la capacidad de violar nuestro derecho a no ser castigados.

Las justificaciones internas están dirigidas al individuo, a aquellos que son en efecto castigados, pues nos permiten justificar su castigo. Las restricciones externas se dirigen es al legislador, a los ciudadanos que tienen la exigencia de crear y mantener un sistema de justicia penal. El legislador necesita buenas razones para crear una ley penal y serán las justificaciones externas las que proveerán dichas razones.

9 *Ibíd.*, p. 170.

La falta de restricciones que actualmente tiene el legislador a la hora de expedir leyes penales es evidente. La Constitución, que es la única fuente limitadora de la actividad legislativa en materia penal, exige pocas restricciones – que carecen de claridad y cuya interpretación es difícil- incapaces de inhabilitar a la mayoría para crear Derecho Penal sustantivo.

Así, la constitucionalidad de la legislación que restringe los derechos fundamentales es sometida a un *escrutinio estricto* y es evaluada aplicando el difícil test de interés estatal apremiante -la Ley solo será constitucional si es considerada necesaria para alcanzar un fin gubernamental que es apremiante. El fin, debe ser esencial y la Ley el medio menos restrictivo posible. Se necesitará de una razón extraordinaria para castigar a personas que ejercitan sus derechos fundamentales-.

Por el contrario, la constitucionalidad de la legislación que restringe un derecho no fundamental es sometida a una evaluación mucho menos exigente, al test de mera racionalidad -la ley solo debe tener una relación sustancial con un fin gubernamental legítimo. Bajo este sondeo una ley casi nunca es considerada inconstitucional-. La gran mayoría de leyes penales limitan derechos no fundamentales y por lo tanto son evaluadas con este test, por lo cual, para declarar constitucional una ley penal, el Estado solo necesitara un propósito legítimo y concebible -una base racional-. A pesar de lo anterior, llama la atención que las sanciones provocados por la expedición de la mayoría de leyes penales son excesivos.

Husak señala que el estándar de mera racionalidad ignora las restricciones internas del Derecho Penal. Por todo lo anterior, la teoría constitucional de la criminalización es deficiente, pues no le otorga al Derecho Penal la importancia que merece. Al tener la facultad de vulnerar nuestro valioso derecho a no ser castigados, todas las leyes penales no se deberían justificar solo a partir de una mera base racional. Para que el derecho a no ser castigados merezca un mayor nivel de protección debemos identificarlo como un derecho cuya justificación requiera más que una base racional.

El autor no ve ningún problema en reconocer el derecho a no ser castigados como un derecho fundamental -de hecho sería la mejor manera de promover su agenda minimalista-, pero debido a la dificultad práctica que conlleva la aplicación del estándar de interés gubernamental apremiante, su aplicación significaría la desaparición casi total del Derecho Penal, pues casi ninguna ley sobrevive el mencionado escrutinio estricto. Además, según Husak, es razonable retener una cantidad sensata de Derecho Penal, por lo que la ley penal deberá ser sometida a un estándar menos exigente que el escrutinio estricto –lo cual no hace conveniente

considerar el derecho a no ser castigados como un derecho fundamental¹⁰-, pero más exigente que el de una mera base racional. Este estándar es llamado estándar intermedio y es aplicado en derechos de cierta importancia –como por ejemplo la libertad de expresión comercial-. La razón por la cual en Estados Unidos hay una sobrecriminalización es la incapacidad de proteger el derecho a no ser castigados por criterios relativamente exigentes.

En este orden de ideas, cuando se le concede a un derecho un nivel intermedio de protección, el interés del gobierno deberá ser sustancial -mayor que el requisito de que sea racional pero menor que el requisito de que sea apremiante-, la ley deberá promover directamente el interés que quiere alcanzar el gobierno –requisito que es más exigente que el requisito de que la ley se encuentre racionalmente relacionada con dicho interés- y por último la ley deberá ser lo menos extensiva posible.

Husak le otorga un papel relevante al legislador en la implementación de su teoría de la criminalización¹¹, pero es consciente de las dificultades que esto conlleva: “¿Que remedios se encuentran disponibles si el legislador aplica esta teoría incorrectamente, la aplica de mala fe o simplemente la ignora completamente? La respuesta, lamentablemente, es que no haya ninguna acción disponible para aquellos ciudadanos cuyos derechos han sido violados. ¿Quiere decir esto que todo el esfuerzo por defender una teoría de la criminalización probablemente no tendrá ningún significado práctico en el mundo real? Quizá”¹². Así, la practicidad de la teoría de la criminalización que presentada en *Sobrecriminalización* es incierta si es el legislador –y no los jueces- el único órgano encargado de aplicarla.

¿Qué es exactamente lo que se busca en la *ratio legis*? ¿Cuál es la intención real del legislador? ¿Son objetivos explícitos? ¿Son ciertos posibles fines? Para aplicar el estándar de criminalización es preferible usar el propósito real o efectivo de la legislación. La identificación del propósito real del legislador puede resultar difícil. Los fines explicitados por el legislador para justificar una determinada ley deberán tener

10 Nuevamente, Lorca Ferrero pone de presente una crítica que vale la pena mencionar: No es claro el argumento filosófico –ni jurídico- con el que Husak pretende considerar el derecho a no ser castigados como un derecho no fundamental: “no parece ofrecerse ninguna razón normativa que justifique otorgar a este derecho una eficacia tan diferente a la de los demás derechos individuales” (Ibíd., p. 22).

11 Husak crítica el olvido de la opinión científica en el proceso de toma de decisiones por parte del legislador Estadounidense. En Estados Unidos se le ha negado una participación importante en la implementación de políticas fundamentales a los profesionales -académicos y doctrinantes- del Derecho Penal.

12 Ibíd., pp. 207 a 208.

una relación de correspondencia con los medios escogidos para alcanzarlos. Así sabremos si estos supuestos fines si obedecen a los verdaderos intereses del legislador.

Luego de haber identificado el propósito real del legislador se deberá decidir si dicho propósito es legítimo. Determinar la legitimidad de cualquier interés estatal es también una labor complicada. No es necesario establecer un inventario de todos los posibles intereses estatales legítimos sino más bien un catálogo de intereses que puedan ser perseguidos a través de la ley penal. Para establecer estos últimos, se deben tener en cuenta las restricciones internas del Derecho Penal: Solo se podrán prohibir conductas impermisibles que impliquen la causación de un daño no trivial y cuyo castigo sea merecido. Finalmente, el tipo de acciones que el Estado debe tener interés en prohibir son aquellas acciones ilícitas de interés público, es decir, aquellas acciones en las que la comunidad –y no solo la víctima- debería controlar la decisión de denunciar.

Si los intereses estatales identificados son legítimos, la siguiente y ultima tarea de esta primera parte del estándar de escrutinio intermedio será evaluar si dicho interés es sustancial, o en otras palabras, si el interés es de especial importancia. No es suficiente que una Ley penal sea diseñada con el fin de proscribir un mal o daño no trivial, debe haber un interés sustancial en combatir este mal. En este punto, es preciso tener en cuenta que algunos intereses, aun cuando sean perseguidos por el Estado de manera legítima, no serán suficientemente importantes como para justificar infracciones al derecho a no ser castigado.

Ejemplos de leyes que no obedecen a intereses estatales legítimos que no son lo suficientemente sustanciales como para justificar la imposición de una sanción penal, son las leyes paternalistas, -aquellas diseñadas para proteger a las personas de las consecuencias negativas de su propia conducta- y Las leyes penales que no implican un interés de prevención sino que implican ciertos intereses expresivos -la pena existe en función de expresar el desacuerdo que tiene la comunidad con ciertas conductas "inmorales"-. Según el autor, no solo es difícil que estos intereses expresivos sean sustanciales, también es difícil considerarlos legítimos. "Meras alegaciones de inmoralidad, que carecen de pruebas o argumentos que las justifiquen, no deberían permitir al Estado infringir el derecho a no ser castigado. Se necesita algo más que una pura afirmación para otorgar al Estado un interés legítimo (mucho menos sustancial) en usar el Derecho Penal para un propósito expresivo"¹³. El segundo componente del estándar de escrutinio intermedio será determinar si la ley sujeta a análisis promueve directamente el interés que se busca realizar, es

13 Ibíd., p. 219.

decir, si la función del Derecho Penal es la prevención de conductas ilegales, serán necesarias pruebas empíricas -no bastará con meras alegaciones- que demuestren que esa ley penal si tiene la capacidad para desincentivar dichas conductas. Husak señala que "es muy sensato exigir más que mera racionalidad para creer que la ley podría producir los beneficios que pretende. El derecho a ser castigado no podrá ser preterido por esfuerzos para alcanzar un objetivo cuando hay pocas razones para suponer que estos esfuerzos serán efectivos"¹⁴. Esta restricción pone en peligro una cantidad importante de Derecho Penal, como por ejemplo la legislación relativa a los delitos de drogas¹⁵.

Finalmente, será necesario que el Estado demuestre que la ley penal evaluada no es más extensiva de lo necesario para alcanzar su objetivo, para lo cual se requerirá que no exista una alternativa que, siendo igual de efectiva, sea menos extensiva que la ley penal en mención. Esta última restricción supone una presunción en contra de la sobreinclusión característica del Derecho Penal estadounidense.

¿Cuándo un delito es sobreinclusivo? Cuando las razones que lo justifican se aplican a algunas pero no a todas las conductas que prohíbe, es decir, es posible incurrir en un delito sobreinclusivo sin haber causado el mal que el delito se ha propuesto prevenir. Husak dice que la sobreinclusión puede ser justificada solo cuando los objetivos estatales que se pretenden conseguir con la ley no pueden obtenerse de otro modo.

Delitos de prevención de riesgos

De los diferentes delitos que han contribuido con el fenómeno de la sobrecriminalización, los delitos de peligro –o delitos de prevención de riesgos- son los que tienen mejores posibilidades de pasar el test de criminalización desarrollado en el presente texto. Según Husak, el Derecho Penal puede ser empleado de manera legítima no solo cuando reduce un daño sino también cuando reduce el riesgo de que

14 *Ibíd.*, p. 236.

15 Husak advierte que el objetivo de muchas leyes penales –particularmente los delitos de drogas- son de carácter más expresivo que preventivo. Es difícil concebir que las leyes penales relacionadas con drogas obedezcan a intereses legítimos. Más difícil será concluir que obedecen a intereses sustanciales; y si se llegase a determinar que tales intereses si son legítimos y sustanciales, igualmente será casi imposible concluir que estos delitos tienen un efecto disuasivo. El autor también señala que Los delitos como los delitos de drogas terminan teniendo un efecto contraproducente pues en vez de disuadir, terminan incentivando el consumo de drogas, es por esto que esta última restricción también implica el requisito de que las sanciones penales no sean contraproducentes. Los delitos paternalistas tampoco satisfacen este último requisito. Es contradictorio intentar proteger a las personas que incurrir en cierto tipo de conductas imponiéndoles un castigo penal.

ese daño se materialice. Pero habrá que tener cuidado, pues algunos delitos que en realidad no están justificados podrán parecerlo si se les interpreta como reduciendo el riesgo de un daño que en verdad no existe. Es por esto que el autor se propone a defender cuatro principios que servirán como límite a la criminalización de conductas de peligro.

- **Riesgo sustancial**

Los delitos de prevención de riesgos deben estar diseñados para prevenir riesgos sustanciales. Recuérdese que las leyes penales deberán promover intereses estatales sustanciales, por lo cual, la prevención de un riesgo trivial no podrá justificar la infracción de nuestro derecho a no ser castigados.

- **Requisito de prevención**

La prohibición penal debe tener la capacidad de disminuir la probabilidad de que el resultado que se busca evitar se produzca. El delito de peligro debe hacer menos probable la producción del daño.

- **Requisito de daño consumado**

No se podrá penalizar una conducta para reducir el riesgo de un daño cualquiera a menos que el Estado tenga permiso para prohibir la conducta que de manera directa e intencional cause ese mismo daño, es decir, "ninguna teoría de la criminalización debería justificar un delito preparatorio prohibiendo una acción que crea el riesgo de un estado de cosas indeseable a menos que también estuviera justificado que un delito consumado que prohibiera la acción que causa directa e intencionalmente ese mismo estado de cosas"¹⁶. Si el acto de causar un daño determinado no es criminalizado, ¿por qué criminalizar la conducta que crea el riesgo de que el mismo daño ocurra?

- **Requisito de Culpabilidad**

Un delito de peligro es sobreinclusivo cuando se puede cometer sin que se aumente el riesgo de que el daño que se busca prevenir se produzca. En este sentido, muchos delitos de prevención de riesgos son sobreinclusivos –por ejemplo los delitos de drogas y los delitos de posesión de armas-, por lo cual, Husak propone

16 Ibid., p. 252.

que solo se deberían justificar aquellos delitos de peligro que exijan que los acusados hayan actuado culpablemente respecto de los daños que se busca prevenir. En otras palabras, los delitos de prevención de riesgos deben requerir la intención de causar un resultado definitivo y de esta manera evitar formas de responsabilidad objetiva. No es suficiente con que la realización de un acto haga más probable la ocurrencia de un daño; debe haber, en definitiva, un grado razonable de culpabilidad.

Es cuestionable que un número significativo de delitos de peligro no solo castiguen a personas que actúan sin culpabilidad, sino que también imponen responsabilidad a individuos que han tomado las medidas necesarias para minimizar la probabilidad de que el daño ocurra.

Según lo anterior, ciertos delitos de peligro, como por ejemplo los delitos de tentativa y los delitos de inducción, cumplen con los requisitos de daño consumado y culpabilidad. Véase que en los delitos de tentativa solo será predicable responsabilidad penal cuando lo que se intenta es un delito y cuando dicha intención sea manifiesta y directa.

Por otra parte, los delitos de droga —que son también delitos de peligro— no cumplen con estas restricciones. Al ser en su mayoría delitos de prevención de riesgos implícitos —la naturaleza del daño que los delitos de drogas buscan prevenir es indeterminada— se han defendido toda clase de razones para penalizar las conductas relacionadas con las drogas —la derogación de estas leyes aumentaría la falta de productividad, el desempleo, la vagancia, la deserción escolar, las enfermedades mentales, los accidentes, los delitos, etc.— Husak es escéptico ante la posibilidad de que estos argumentos puedan sobrevivir a los requisitos planteados. Cualquiera de las razones a favor de los delitos de drogas mencionadas no cumplirá a cabalidad con los cuatro requisitos planteados.

Husak, de nuevo, resalta los problemas que el mismo ha detectado en su teoría de la criminalización: “poco se ha hecho para proveer de contenido a las restricciones internas y externas. Por ejemplo, carecemos de una teoría acabada sobre las ideas de daño, impermisibilidad y merecimiento, y hemos notado muchas dificultades al aplicar el test de escrutinio intermedio en casos concretos. Además de los problemas de los que soy consciente, los filósofos del Derecho están obligados a encontrar más deficiencias en la teoría de la criminalización que he esbozado.”¹⁷

Teorías alternativas

Finalmente, el autor expone una serie de propuestas teóricas que pueden ser consideradas como alternativas a su teoría de la criminalización, para subsecuentemente concluir que su propuesta, al contener más recursos que dan cuenta de porque ciertas imposiciones de castigo están injustificadas, es mejor que estas. Estas alternativas son: el análisis económico del derecho, el utilitarismo y el moralismo jurídico.

- **Análisis económico del derecho**

Aunque esta escuela no ha hecho mayores contribuciones en materia penal –y mucho menos en el ámbito de la criminalización- algunos de sus partidarios han planteado algunos principios relativos a la imposición de sanciones penales. Para evaluar esta escuela, Husak se concentra en las ideas de Richard Posner, uno de sus máximos representantes.

Posner pretende derivar algunos ilícitos penales fundamentales –como por ejemplo los delitos de hurto y de adquisición- del concepto de eficiencia, en cuanto la ley penal busca evitar la elusión del mercado, el cual, es el método más eficiente de colocación de recursos. Lo prohibido deberá ser actos ineficientes. Posner reconoce que la eficiencia no debe ser el único valor a proteger por medio del Derecho Penal, pero entonces, ¿Qué valores aparte de la eficiencia deberían ser protegidos por el Derecho Penal? Posner no da respuesta a tal cuestión.

Entre otras críticas¹⁸, se señala que el análisis económico del derecho no explica la restricción del merecimiento, y si al concepto de merecimiento debe ir incluido el principio de proporcionalidad, y este último a su vez debe incluir la culpabilidad del acusado, ¿cómo pueden estas teorías explicar la importancia que de hecho el Derecho Penal asigna al principio de la culpabilidad?

Las teorías económicas del Derecho Penal son importantes en la medida en que estas nos obligan a reconocer la función expresiva que debe tener la sanción penal. Posner sostiene que el castigo debe ser reservado solo para los casos en los que el infractor no es capaz de compensar los perjuicios causados, lo cual a juicio de Husak es inconcebible: “Algunos académicos dicen que la compensación anula el daño. Cualquiera que sea la plausibilidad que esta afirmación pueda tener en el ámbito del Derecho Civil, parece completamente fuera de lugar en el contexto del

18 Se advierte que la racionalidad económica para la prevención de los delitos como el hurto no es tan clara y además, esta teoría no explica otros delitos violentos que no implican ninguna transferencia de riqueza.

Derecho Penal. En cierto sentido, la compensación puede anular la pérdida causada, por ejemplo, por la acción del hurto. Pero los sujetos son y deben ser sujetos a responsabilidad penal no solo por la pérdida que han causado sino por haberla producido de manera impermissible. ¿Cómo podría un infractor tener esperanza de compensar lo impermissible del hurto como algo que va más allá de la pérdida material que ha provocado. (...) El hurto (...) vulnera los valores compartidos por una comunidad.”¹⁹

Husak admite que su posición relativa a la justificación de la pena es polémica: “Creo que es difícil refutar la tesis de Posner sin adoptar uno de los componentes más controvertidos de mi teoría: la idea de que el Derecho Penal tiene una función expresiva”²⁰. Este dice que a pesar de que las normas morales son controvertidas e inciertas, “la cuestión fundamental que una teoría de la criminalización debe enfrentar es si acaso y bajo qué condiciones el Estado tiene una justificación para someter a las personas a un castigo. Esta cuestión plantea una cuestión moral, y solo una réplica moral es capaz de responderla”²¹, por lo cual, si la eficiencia no proporciona una justificación moral para infringir una pena, el análisis económico del derecho no será entonces una teoría seria de criminalización.

La adopción de lógicas retributivas –así sea de manera parcial- por parte de un autor que se inscribe dentro del minimalismo penal no deja de ser algo cuestionable.

- **Utilitarismo**

Ninguna teoría ha sido más influyente en el derecho que el utilitarismo. Esta doctrina, en general, sostiene que las instituciones jurídicas se encontrarán justificadas cuando estas maximicen la utilidad. El Derecho Penal se justifica solo cuando produce más utilidad que desutilidad.

Una primera objeción que se le suele hacer a estas teorías es que suelen exigir sacrificio individual a cambio del bien general, de manera que los intereses individuales se subordinan a los intereses generales. De ahí que de acuerdo a la lógica utilitaria se pueda llegar a castigar a personas inocentes con tal de obtener

19 Ibid., p. 280. Husak explica que el análisis económico del derecho puede resultar una posición tentadora si se es contrario a evaluar el derecho a través de normas morales. En consecuencia es común intentar considerar el Derecho Penal desde perspectivas económico-rationales, consideraciones que se estiman inválidas por parte del autor. De ahí la necesidad de dotar al Derecho Penal de funciones expresivas.

20 Ibid, pp. 279-280.

21 Ibid, p. 281

alguna utilidad de ello. Husak señala que nuestro derecho a no ser castigados no puede ser infringido por ganancias de utilidad.

Si el utilitarismo no funciona como una justificación de la pena, ¿por qué debería tener éxito como una teoría de la criminalización? El autor afirma que la misma crítica que al parecer invalida la teoría del castigo de las doctrinas utilitaristas también es letal para una teoría utilitarista de la criminalización, es decir, “las leyes que son aceptables para los utilitaristas son vulnerables a la misma objeción que es decisiva en contra de una teoría utilitarista del castigo: permiten castigar a personas a pesar de su falta de merecimiento.”²²

Además, los representantes del utilitarismo no han definido si la utilidad del delito o la utilidad negativa del castigo deben ser comparadas con los males que el mismo delito produce y los beneficios sociales del castigo. Los consumidores de drogas, por ejemplo, disfrutan el hecho de consumir drogas. La utilidad del consumo de drogas, el cual es en muchos casos criminalizado, debería incluirse en el cálculo utilitarista. Igualmente, el sufrimiento que produce el castigo de millones de personas no debería ser ignorado en el momento de hacer cálculos utilitarios.

- **Moralismo jurídico**

Finalmente, Husak se centra en el moralismo jurídico, particularmente, en la versión presentada por Michael Moore. Este último plantea que la inmoralidad —que es impermisibilidad culpable— es suficiente para justificar el Derecho Penal. Por lo tanto, las infracciones morales, exclusivamente, deberían encontrarse prohibidas por el Derecho Penal.

Según Moore, el moralismo jurídico, al basarse en el principio de justicia retributiva, es suficiente para justificar la pena. Esto es rechazado por Husak:

En primer lugar, algunas conductas impermisibles no son de carácter público, por lo cual no son merecedores de una sanción penal.

En segundo lugar, la aplicación de la justicia retributiva no implica que las penas justificadas sean inherentemente buenas.

En tercer lugar —y este es el argumento al cual Husak le presta más importancia—, como la sanción penal estatal no es el único medio por el cual se puede cumplir el principio de justicia retributiva —este, por ejemplo, se puede cumplir por medio de respuestas de carácter privado—, el moralismo jurídico es incapaz de ofrecer razones suficientes para creer que es el Estado —y solo el Estado— quien debe imponer una

22 Ibid., p. 290.

pena, lo cual es problemático, pues, según Husak, solo el Estado puede garantizar que las prohibiciones penales contribuyan directamente con la obtención de un interés estatal sustancial. El Derecho Penal no solo debe procurar aplicar el principio de justicia retributiva, sino que también debe procurar la obtención de un bien adicional, lo cual implica que la pena también se debe justificar por consideraciones consecuencialistas. El principio de justicia retributiva no justifica, por sí solo, el grandísimo costo que representa el sistema de justicia penal estatal. De ahí, que las teorías moralistas no incluyan las restricciones externas que si incluye Husak en su teoría de la criminalización.

Husak concluye *Sobrecriminalización* diciendo que "la teoría de la criminalización que he defendido es superior a cualquiera de las alternativas que pueden encontrarse en la larga historia de la filosofía del Derecho. La implementación de esta teoría hará un mejor trabajo que sus rivales a la hora de promover la justicia mediante el combate del problema de sobrecriminalización que actualmente sufrimos"²³.