

Reservas sobre la sobre-criminalización

Douglas Husak

Reflexioné bastante sobre cuál sería el tema más apropiado para discutir en este tipo de sesión general que nos convoca hoy. En vez de introducir un tema completamente nuevo y acotado, pensé que sería mejor volver sobre una amplia gama de temas que están siempre rondando en mi mente. Estos temas son *lacriminalización* y la tendencia sobre la que he escrito extensamente – nuestra tendencia a la *sobre-criminalización*. “Sobre-criminalización” significa castigar a muchos y castigar demasiado. En particular, me gustaría centrarme en ciertas *reservas* sobre algunas afirmaciones que hice en mi libro del año 2008. He sido halagado por la atención que recibió este libro: un buen número de excelentes filósofos han dedicado atención y criticado varias de mis afirmaciones principales. En particular, y a partir de tales comentarios, he seleccionado siete problemas que me llevaron a confiar menos en las conclusiones a las que había llegado en un comienzo. Para bien o para mal, *ninguno* de los siete problemas que discutiré hoy me ha llevado a retractarme de nada importante que haya dicho. No obstante, sería arrogante y tonto de mi parte continuar estando tan confiado como alguna vez lo estuve sobre cada uno de los temas que discutiré aquí.

Sin embargo, antes de ahondar en mis incertidumbres, quiero mencionar algunas cuestiones preliminares. Solía quejarme de que el problema de la criminalización fuera tan poco abordado por los filósofos morales alrededor del mundo. Solía opinar lo siguiente: casi cualquier problema propio de la filosofía del derecho penal puede mejorarse (y algunas veces hasta resuelto) si los Estados se deciden a implementar una mejor teoría de la criminalización. Aun cuando continué estando convencido acerca del valor de esta afirmación, creo que hoy resulta menos vigorosa de lo que lo era hace algunos años. En los últimos años se han publicado al menos seis monografías en idioma inglés sobre el tema, y algunas más están en camino. A su vez, han aparecido incontables artículos en torno a la cuestión en revistas legales, así como en publicaciones filosóficas. El tema de la criminalización ya no se lo ignora. Me encantaría tomar algo del crédito por este desarrollo, aunque sólo una pequeña parte sea debido a mí.

La mayor parte del público está hoy al tanto de nuestra tendencia a castigar a muchos y demasiado. Cualquiera puede encontrar fácilmente un buen número de artículos en periódicos y

revistas que han abordado el problema de la *sobre-criminalización*. El problema recibe atención de comentaristas tanto de la izquierda como de la derecha política, de modo que incluso la conocida polarización de posiciones ideológicas en los Estados Unidos no nos permite ignorar la existencia de dificultades sobre la materia. Es reconocido que liberales y conservadores tienden a usar *ejemplos* muy diferentes para ilustrar el problema. ¿Deberíamos estar mayormente preocupados sobre la excesiva regulación de la conducta corporativa o de la aplicación discriminatoria de la ley penal ordinaria sobre los pobres y los grupos más desprotegidos? Además, todavía resulta algo confuso el mismísimo *significado* de la idea de *sobre-criminalización*. No hay un entendimiento único que pueda aplicarse para todos y cada uno de los propósitos. Aunque, claramente, el problema no es simplemente el mero *número* de prohibiciones penales. Podemos criminalizar excesivamente con tan sólo un puñado de normas. Desde mi punto de vista, la pregunta acerca de si debemos criminalizar excesivamente no puede ser decidida sin una base para evaluar si criminalizamos muy poco o en su justa medida. Hay muchas líneas de base diferentes que podrían ser usadas en dicho respecto, pero la más informativa de todas ellas es *normativa*. Es decir, sólo a través de una teoría normativa acerca de cuándo el Estado no debería recurrir a la sanción penal es que podríamos determinar si que *criminalizamos excesivamente* y hasta qué punto. Traté de presentar y defender dicha teoría en mi libro “*Overcriminalization*” (*Sobre-criminalización*).

Por otra parte, subsiste una confusión acerca de por qué exactamente la sobre-criminalización es un problema serio. Algunos comentaristas simplemente asumen que la dificultad proviene de que algunas personas (ya sea que se trate de ricos o pobres) serán castigadas por haber incurrido en conductas que no deberían haber sido criminalizadas en primer lugar. Obviamente, éste *es* un gran problema, que por lo demás ocurre con demasiada frecuencia. Sin embargo, ésta es solamente la más obvia de muchas preocupaciones. Es más sutil el hecho de que la sobre-criminalización está destinada a erosionar el imperio de la ley. Cuando son tantas las conductas que quedan sujetas al castigo, es casi seguro que son pocos los criminales que terminarán siendo *en realidad* castigados. Solamente un pequeño subconjunto de ellos lo será ¿Y quién tomará la decisión sobre si castigar o no en un caso determinado? Obviamente, no son los legisladores democráticamente electos, ya que ellos crearon el problema dándonos muchas leyes penales en un primer lugar. En cambio, la decisión acerca de quién será castigado en realidad será tomada por la policía, que es la que lleva a cabo los arrestos; por los fiscales, que son los que persiguen los crímenes; y por los jueces, que son quienes los condenan. Hemos hecho un admirable trabajo frenando la discrecionalidad en el Poder Judicial. Sin embargo, las bases sobre las que la policía y los fiscales toman decisiones no son transparentes, incluso cuando están bien entrenados y son profesionales. Como resultado de todo ello, nos alejamos del ideal conforme al cual debemos ser gobernados por el imperio de la ley y nos acercamos en cambio a un sistema en el cual somos gobernados por el imperio de los hombres. Aún peor, déjenme regresar a un punto anterior considerando quién es probable que sufra más cuando la distinción entre quién es castigado y quién no tiende a ser hecha por los hombres, y no por las leyes. No deberíamos sorprendernos: aquellos que, en cualquier sociedad, son los que cuentan con el menor poder político – los pobres y desaventajados- tenderán a sufrir desproporcionadamente en tales situaciones. Por una cuestión de principios, nadie debería estar contento con esta tendencia.

Nosotros, los filósofos morales, podemos hacer nuestra pequeña parte para combatir estos problemas, defendiendo una *teoría de la criminalización* destinada a gobernar la sanción penal. Sin dudas, mi propia teoría es Anglo-céntrica. Sospecho, de todos modos, que esta teoría es capaz de tener aplicación prácticamente en cualquier parte del mundo – ciertamente también aquí en Argentina. Esta teoría incluye siete restricciones destinadas a limitar el ámbito y alcance del Derecho Penal. Éstas están toscamente divididas en dos partes: aquellas cuyo contenido está tomado casi enteramente de la filosofía *moral*, y aquellas cuyo contenido es un producto de la filosofía *política*- es decir, que resultan del hecho que la justicia penal es exigida por el *Estado* en nombre del pueblo. Para resumir, las restricciones precedentes incluyen el no trivial principio del daño, la restricción del daño, la restricción de la ilicitud, la restricción del merecimiento, y la restricción de la carga de la prueba. La última incluye el requerimiento de que la ley sea diseñada para promover un interés estatal sustancial, el requerimiento de que la ley promueva directamente ese interés, y el requerimiento de que la ley no sea más extensiva que lo necesario para lograr ese propósito. Intento explicar y analizar cada uno de éstas siete restricciones en “*Overcriminalization*”.

Considerando que mi teoría incluye siete restricciones, pensé en enfocarme en siete reservas que he desarrollado desde que se publicó mi libro y comprometido con aquellos muchos filósofos que lo han criticado. Ya he admitido que podría haber incluido todavía más reservas, pero en lo que sigue me concentraré brevemente en mis siete preocupaciones más sustanciales sobre la teoría que defiendo. Tal vez, uno o más de estos problemas sea menos problemático de lo que yo supongo y me pueda dar el lujo de ignorarlo. Sin embargo, también es probable que uno o más de estos problemas sea más problemático de lo que temo y hasta podría ser fatal para gran parte de mi proyecto. Como veremos, la discusión de estos problemas puede llevarnos casi a cualquier parte que queramos ir en el dominio de la filosofía del Derecho Penal. En consecuencia, la discusión debería ser de gran alcance y sin límites fijos. Estaré muy agradecido por sus comentarios, especialmente si ellos me ayudan, a mí y a otros miembros de nuestra profesión, a mejorar nuestras ideas en el combate del problema de la sobre-criminalización que he descripto inicialmente y que nos continúa atormentando hoy.

Mi *primera* reserva es la siguiente: ¿he hecho bien en tomar al Derecho Penal en particular como el objeto de mi investigación normativa? ¿Es realmente más importante limitar el Derecho Penal que cualquier otra forma de poder estatal? La suposición según la cual el poder estatal es especialmente significativo cuando es ejercido a través del Derecho Penal puede ser desafiada desde distintos ángulos. Después de todo, algunas sanciones civiles pueden causar un mayor sufrimiento en las personas que algunas sanciones punitivas. Quizás algunas instancias de castigos no estatales – privaciones estigmatizadoras impuestas por actores no estatales y partes privadas, especialmente por el sector corporativo en una economía capitalista – sean igualmente dañinas a la prosperidad y autonomía humanas. No obstante, como un tipo de respuesta, afirmo que el Derecho penal del Estado es el dispositivo más coercitivo disponible, y en consecuencia, merece una especial atención por parte de los filósofos legales y políticos. Obviamente, estas afirmaciones no deben interpretarse como sugiriendo que debemos descuidar el peso de otros dispositivos coercitivos que amenazan la libertad y dignidad humanas.

Sin embargo, ¿por qué enfocarnos en el Derecho Penal en particular? ¿Es realmente *especial*? Mi razón para pensar que es más importante restringir el Derecho Penal que cualquier

otra manifestación de poder estatal es porque el Derecho Penal, de acuerdo con la definición que sostengo, es aquel cuerpo de leyes que sujeta a las personas al *castigo estatal*. Sin embargo, ¿es ésta una definición precisa sobre cómo deberíamos decidir qué leyes son penales? No he visto una *mejor* definición de cómo identificamos la ley penal. De modo similar: ¿es correcto pensar en el castigo estatal como el medio más preocupante por el cual se ejerce el poder? Para comprender por qué esto podría ser así, necesitamos una definición de castigo. Saber qué es el castigo es necesario por diversas razones. Sin embargo, para nuestro propósito, es necesaria una definición porque debemos tener en claro de qué *se trata* el Derecho Penal, por qué requiere de una justificación especial.

De acuerdo con mis consideraciones, una respuesta a una conducta califica como castigo si impone intencionalmente una *privación* (o un trato severo) que *estigmatiza* (o censura) a la persona sobre la cual es impuesta. Cada una de estas características es importante. Una reacción no es un castigo porque produce una privación o estigmatización. Para calificar como castigo, el *propósito* mismo de la reacción (entre otros efectos posibles) debe ser el de la privación y la estigmatización. ¿Es esta definición precisa y útil? Si lo es, es fácil ver por qué el Derecho Penal es un ejercicio de poder especialmente preocupante. El castigo puede ser lo peor que alguien pueda llegar estar autorizado a hacernos. Tanto el trato severo como la condena son capaces de causar un enorme sufrimiento en la persona sobre la que se infringe tales tratamientos. Las deliberadas imposiciones de estos efectos son, por fortuna, poco frecuentes, y ciertamente requieren de una justificación especial. Muchos filósofos morales y legales (Michael Zimmeman entre ellos) son escépticos en torno a la posibilidad de justificar este tipo de prácticas. En este sentido, podría decirse que el *abolicionismo* se encuentra fácilmente motivado, a la luz de las obvias deficiencias que afectan a todas las teorías existentes de la pena. Si mi definición del Derecho Penal es precisa, las teorías abolicionistas del castigo estatal involucran, nada menos, que la abolición del Derecho Penal en sí mismo. Si el Derecho Penal no mereciera una atención especial de parte de los filósofos políticos, las teorías abolicionistas del castigo probablemente tendrían menor atractivo.

En segundo lugar, muchas críticas han desafiado algunas de mis restricciones. La *restricción del daño* probablemente ha sido impugnada más a menudo que todas las otras restricciones combinadas. He presentado un argumento que resultó novedoso en favor de la restricción del daño – una restricción que incontables teóricos penales han aceptado por otras razones. Desde mi punto de vista, la comisión de cualquier ofensa penal particular es capaz de ser justificada. Es decir, puede resultar permisible todas-las-cosas-consideradas, y en las circunstancias apropiadas. Si aceptamos una visión según la cual la comisión de un delito penal está justificado siempre que el daño de actuar de acuerdo a la ley es mayor que el daño propio del violar la ley, aparentemente se sigue que cualquier delito penal debe ser diseñada (*inter alia*) para prevenir el daño. Una ofensa que no sea diseñada para prevenir el daño sería imposible de justificar – por lo menos de acuerdo con la visión de justificación que acabo de mencionar. Algunos críticos (como por ejemplo, Susan Dimock) sostienen que todo lo que mis argumentos muestran es que la conducta debe ser *ilícita* a fin de ser criminalizada. La restricción de ilicitud, como menciono más abajo, es el componente *menos* controvertido de mi teoría de la criminalización – y, de hecho, de cualquier teoría. De acuerdo con las críticas precedentes, la comisión de una ofensa está justificada siempre que la ilicitud de quebrantar la norma sea menor

que la ilicitud de actuar conforme a la misma. En consecuencia, no debemos suponer que cada delito debe ser diseñado para prevenir daños, sino solamente para proscribir males. Tal vez estos críticos estén en lo cierto, aunque considero mucho más difícil decidir si una acción es más injusta que otra que decidir si una acción es más dañina que otra. Los grados de daño, en lugar de los grados de injusticia, parecen más fáciles de cuantificar. Si realmente queremos permitir a las personas que cometan justificadamente delitos en las circunstancias apropiadas, realmente parece más simple permitirles hacerlo cuando crean un saldo neto de menos daño, que cuando su conducta es menos injusta. Al menos eso es lo que me parece.

No es difícil encontrar argumentos respetables en favor de la restricción del daño. Sin embargo, incluso si mis argumentos en favor de la restricción del daño fallaran, tal vez deberíamos aceptar esta restricción de todos modos. Más inquietante a mi objetivo es el último veredicto sobre si la restricción del daño realmente debería incluirse entre aquellas limitaciones al alcance de la sanción penal. La estrategia más típica para rechazarlo es alegando contraejemplos – casos en los que la sanción penal es intuitivamente aceptable, incluso cuando no produjeron daño. Son muchos los filósofos políticos y jurídicos que han empleado esta estrategia (entre otros, la emplearon Arthur Ripstein, John Gardner o Stephen Shute). Patrick Tomlin es uno de los autores que, más recientemente, ha decidido seguirla. Él nos pide que nos imaginemos un caso (relacionado con facilitar la fuga de un preso condenado) en el cual todos favoreceríamos la responsabilidad y el castigo incluso cuando estemos seguros de que no se causará ningún violación de la ley. Más allá de la popularidad de esta estrategia, encuentro que éstos supuestos contraejemplos a la restricción del daño no son persuasivos. Y ello así, en dos niveles. Primero, ¿aplica la restricción del daño a tipos de delitos o pruebas? Si aplica a tipos de actos, no debemos generalizar a partir de la posibilidad de pruebas inofensivas de actos para concluir que la restricción de daños debe ser rechazada. Considero que la segunda respuesta a éstos supuestos contraejemplos es incluso más convincente y se aplica incluso si la restricción del daño se supone que aplique a pruebas en vez de a tipos de actos. En cualquier escenario realista en cual el caso intuitivo por la responsabilidad es convincente, el acusado en cuestión habría creado un *riesgo* inaceptable de daño, incluso si estamos seguros de que ningún daño es realmente causado. Una versión viable de la restricción del daño, debe ser pensada para prohibir actos que causen un riesgo injustificado de daño tanto como actos que causen un daño en sí mismo. No deberíamos ser persuadidos por contraejemplos que se refugian detrás de una *estipulación* irrealista conforme a la cual no se produjo ningún tipo de daño. Si efectivamente podemos imaginar los detalles de un ejemplo realista en el cual el daño no es ni siquiera producido por un acto dado, el caso intuitivo en favor de la responsabilidad se disipa inevitablemente. Si podemos estar seguros de que las pruebas de un tipo de acto legítimamente criminalizado ni siquiera poseen un riesgo de daño, considero que cualquiera que prefiera un Derecho Penal minimalista se opondría a la responsabilidad y el castigo en esa instancia. Esta alternativa no es realmente tan difícil de concebir.

En cualquier caso, las controversias sobre la formulación, razón de ser, aplicación y defensa de la restricción del daño se han convertido en una de las más importantes e interesantes disputas en la teoría del Derecho Penal contemporáneo. Hemos avanzado mucho más allá de la simple pero valiosa contribución de John Stuart Mill y Joel Feinberg a un conjunto enteramente nuevo y más sofisticado de debates. Deberíamos dejar de hablar del llamado *principio del daño*

a menos que seamos capaces de formularlo de forma precisa. Resulta que hay innumerables formulaciones disponibles (James Edwards), ninguna de las cuales se encuentra enteramente libre de problemas. Por ejemplo, ¿se encuentra restricción satisfecha cuando los legisladores apuntan a la prevención del daño? O ¿se encuentra dicha restricción satisfecha en virtud de los efectos de leyes dadas, más allá de la intención de los legisladores? No estoy seguro. Admito que existen dudas respecto de cuál versión exacta de la restricción del daño, si la hubiera, debería limitarse el alcance de la sanción penal. Si ninguna formulación resulta defendible, deberíamos rechazar lo que una vez llamamos restricción del daño.

En tercer término, muchos críticos han desafiado el rol que el merecimiento juega en mi (o en cualquier otra) teoría del crimen. Describo mi punto de vista como una versión del retributivismo, aunque probablemente no la etiquetaría de este modo si estuviera comenzando mi carrera nuevamente. El problema con esta etiqueta es que muchos críticos descartan el retributivismo demasiado rápido. Los críticos suelen atacar una versión del retributivismo y no al retributivismo en sí -y el ataque, por lo demás, suele apuntar a versiones del retributivismo que resultan especialmente implausibles y fáciles de refutar. Según mi punto de vista, el retributivismo no es en verdad una teoría en particular. En cambio, es simplemente un término amplio empleado para denominar una familia de teorías que sostienen que el merecimiento es indispensable a una teoría de la criminalización y del castigo justificada. Exactamente cómo, dónde, por qué y hasta qué punto el merecimiento es indispensable es lo que diferencia a una versión del retributivismo de otra. Si este amplio recuento es aceptado, la única forma de refutar el retributivismo genéricamente es demostrando que una teoría del crimen y castigo plausible puede acabar con el merecimiento completamente. Soy escéptico respecto de que esto pueda lograrse. Claro que han existido intentos heroicos para lograrlo (como el de Victor Tadros).

De cualquier modo, el retributivismo no se refuta volviendo sobre antiguas preguntas respecto de -por ejemplo- cómo es que el sufrimiento inherente al castigo puede ser intrínsecamente bueno, incluso cuando es merecido. Hay algo peculiar en sostener que el sufrimiento pueda importar un bien intrínseco. En lo personal, me mantengo agnóstico respecto de este tema. Pero los retributivistas no necesitan creer que las instituciones penales poseen un valor intrínseco al infligir el sufrimiento que los culpables merecen. El merecimiento provee una razón para castigar, pero la fuerza de esta razón es pequeña y generalmente se ve aplacada por las muchas razones que existen para no castigar en un caso en particular. La conformidad con la razón para tratar a las personas como lo merecen no necesariamente deba ser pensada como generadora de un valor intrínseco. Quizás lo produzca y quizás no, pero los retributivistas no necesitan, en absoluto, comprometerse con una teoría de valor. Hasta donde puedo ver, el hecho de tratar a las personas como se merecen -que es lo que espero que las instituciones penales aspiren a hacer- es casi completamente instrumental. Aunque el merecimiento juega un rol indispensable en mi teoría del crimen y del castigo, una gran parte del trabajo la hacen las consideraciones respecto de la disuasión y la prevención del crimen. Ninguna teoría del crimen adecuada -sea o no retributivista- puede darse el lujo de no tratar las consecuencias en su justificación. Algunos de los límites en mi teoría surgen de la filosofía política y son explícitamente consecuencialistas, requiriendo respuestas a preguntas empíricas que los filósofos no tienden a analizar.

Pero ¿el merecimiento existe? De no ser así, la teoría debería tratar de proveer un lugar central para ella, y todas las versiones del retributivismo deberían ser rechazadas. Creo que esta pregunta debería evitarse, no porque sea una distracción sin importancia en el presente proyecto, sino porque resulta extremadamente difícil -si no imposible- proveer buenos argumentos para un lado y el otro. ¿Cómo podríamos demostrar la existencia del merecimiento? Una estrategia sería la siguiente: dar uno o más ejemplos en los cuales nuestra respuesta intuitiva requiera de un compromiso con el merecimiento. Desafortunadamente, no conozco ningún ejemplo de este tipo. En este contexto, las respuestas intuitivas a ejemplos particulares divergen ampliamente. Pero incluso cuando nuestras intuiciones respecto de un caso en particular coincidan, no sería claro que ellas nos lleven a establecer algún tipo de compromiso con el merecimiento. Consideremos, por caso, un ejemplo propuesto por Shelly Kagan en torno al merecimiento. Nos pide que nos imaginemos que Amos y Boris han sido dañados por una explosión en una fábrica, y un tercero presente en la escena tiene los recursos necesarios para rescatar tan solo a uno de ellos. Supongamos, asimismo, que Amos no tiene la culpa sino que Boris deliberadamente causó la explosión. Kagan nombra como *fault forfeits first* (quienes no tengan la culpa primero) a la posición según la cual “es mejor brindar ayuda al inocente Amos que ayudar al culpable Boris”. Es ésta posición, la que Kagan cree reflejar al decir que Amos y Boris difieren en su deserción. Pero lo cierto es que muchas otras posibilidades podrían explicar por qué debe darse prioridad en el rescate de Amos. Podríamos decir (1) que Boris es culpable por el daño de Amos, quitándole valor a su queja al no ser el rescatado; o (2) que tenemos mayores razones para prevenir el homicidio que para prevenir la muerte. Si rescatamos a Amos, ningún homicidio habrá tenido lugar; o (3) que Boris es responsable de su propia muerte si muere, lo cual disminuye nuestra responsabilidad respecto de esta.¹ Y así en adelante. Mi punto es que es particularmente difícil encontrar un ejemplo en el cual resulte claro que el merecimiento sea necesario para explicar nuestras intuiciones -incluso cuando nuestras intuiciones convergen. De cualquier modo, no intento lograrlo aquí. Conuerdo con un punto que remarca Kagan cuando se dirige a los filósofos que crean argumentos metafísicos inteligentes para demostrar que no existe el merecimiento: “Me encuentro mucho más seguro respecto de la afirmación de que algunas personas moralmente más merecedoras que otras que lo que lo estoy yo de cualquier tesis particular que trate las supuestas condiciones preexistentes del merecimiento.” De cualquier modo me perturban -pero no demasiado- aquellos filósofos que niegan la existencia misma del merecimiento.

En cuarto lugar, e influido fuertemente por el trabajo de Antony Duff, sostuve que las decisiones criminales no son simplemente producto de la filosofía moral traspasada al terreno político. Como he indicado, el derecho penal es necesariamente una parte de la filosofía política así como de la filosofía moral. Después de todo, los castigos los impone el Estado en nombre de la comunidad política. Esta cualidad obvia de la justicia penal tiene implicancias para determinar qué debería castigarse. En resumen, la conducta inadecuada que el Estado puede justamente castigar debe en cierto sentido calificar como públicamente errónea- no en el sentido de que debe existir una conducta contra el público, sino en el sentido de que debe importarle al público. Si el Estado no tiene un interés legítimo y sustancial en prohibir este tipo de

¹ Me siento en deuda con Victor Tadros por señalarme algunas de las muchas maneras en las cuales la conclusión sustantiva del ejemplo de Kagan puede aceptarse sin recurrir al merecimiento.

comportamiento, es difícil determinar por qué el Estado podría sentir que castigar a quienes lo llevan a cabo estaría justificado.

Lo mencionado sigue pareciendo correcto. Sin embargo, el argumento es mucho más fácil de proponer de modo abstracto que de aplicarlo concretamente. Los críticos rápidamente desafían: ¿Qué faltas conciernen al público, cuáles no y por qué? ¿Cómo deberíamos decidirlo? ¿Resulta obvio acaso afirmar que incluso un Estado liberal no se preocuparía por *todas* las faltas cometidas? Si lo que determina que una falta afecta al público es producto de las convenciones - y éstas dependen únicamente de los valores y costumbres que la comunidad política tenga en determinado momento histórico- ¿no obtenemos como resultado que algunos de los que cometen actos de carácter monstruoso no se encontrarían castigados simplemente porque el Estado en el que viven no se preocupa lo suficiente por estos males? Específicamente, ¿la persecución de los judíos en la Alemania Nazi es atribuible a un mal público? De ser así, ¿por qué? De no serlo, ¿la penalización de dicha persecución no hubiese resultado permisible en principio? Claro que las víctimas de ese tipo de persecuciones se ven perjudicadas pero ¿por qué estos males le concernían al Estado? Así es, la mismísima idea de que algunos males son privados y, por ende, se encuentran más allá del control estatal debe invocarse en este caso.

Aunque continúo aferrándome a la distinción entre males públicos y privados, y sigo creyendo que únicamente los primeros logran que quienes los cometen sean pasibles de castigo en un Estado liberal, las preguntas antecedentes aún me dejan pensando. Si tan solo la defensa de una teoría para distinguir el ámbito público del privado fuese suficiente para persuadir a mis críticos, me temo que no podría responder satisfactoriamente a su desafío. Me conforta el descubrimiento de que el contraste entre lo público y lo privado sea elusivo y conflictivo en casi *todos* los rubros. Considere, para citar solamente un ejemplo, la controversia respecto de los límites al monitoreo estatal sobre las comunicaciones privadas para proteger a las personas del terrorismo. No es sorprendente hallar que cualesquiera que sean las dificultades que afrontemos intentando señalar esta distinción en cualquier ámbito, las mismas se replican en el contexto especial que es el derecho penal. Un mal puede ser público en un lugar pero privado en otro, o puede ser privado en un momento y público en otro. Si el bienestar general se ve lo suficientemente amenazado por la sobrepoblación, por ejemplo, las decisiones irresponsables de tener muchos hijos pueden interesar al público y volverse un foco legítimo para la intervención estatal. Este tema y similares continuarán dando lugar a controversias difíciles de manejar. No es la objeción a una teoría -la mía o de otra persona- que no logra hacer que las preguntas difíciles resulten fáciles.

Podemos intentar dominar la distinción preguntándonos si una decisión voluntaria e informada de una víctima individual de perdonar y olvidar un mal que se ha cometido contra ella debería ser lo único que se necesita para terminar con el pedido de intervención estatal. Cuando pido perdón de manera sincera e incluso compenso las pérdidas que causé a la otra persona mediante el accidente, es difícil determinar qué otro interés podría tener el Estado al insistir que el proceso prosiga. El público no tiene ya un interés tal que justifique procesarme. Claro, todavía podemos estar indecisos sobre qué males en particular califican como privados según este criterio. Las dificultades en la aplicación de este test no desaparecerán pronto. Pero al menos habremos progresado al identificar el criterio conforme al cual deberían tomarse tales decisiones.

En quinto lugar, mi proyecto de disminuir el alcance de la sanción penal apunta especialmente a la proliferación de los delitos del tipo *mala prohibita*². Estos crímenes, estoy seguro, crean más problemas que los que provienen de ofensas del tipo *mala in se*. Entre otras dificultades, el novedoso contenido de muchas de estas ofensas incrementa exponencialmente las chances de que quienes las defiendan no tengan conocimientos legales -el tema me ha absorbido durante los últimos dos años. Pocos de los que cometían conductas ilegales desconocían la ley hace un par de siglos, pero la proliferación de las ofensas *mala prohibita* casi garantiza que la ignorancia de la ley se tornará cada vez más común.

El problema principal que surge al reconciliar las ofensas *mala prohibita* dadas con los límites en una teoría de criminalización involucra la determinación de si satisfacen el límite de ilicitud -este límite es el menos controversial en mi teoría de la criminalización. Simplemente no logro comprender cómo es que cualquier teórico podría considerar que un castigo se encuentra justificado a menos que se castigue a la persona por una conducta que es ilícita. Si no puede justificarse el castigo a una violación de la ley, la ley que autoriza tal castigo tampoco puede estar justificada. Sin importar las apariencias iniciales, sin embargo, creo que la mayoría de los delitos *mala prohibita* existentes probablemente satisfagan el límite de ilicitud. *Mala prohibita*, después de todo, sigue siendo mala.

Sin embargo, ¿cómo y por qué es ilícito cometer una ofensa de este tipo? Una respuesta familiar a esta pregunta es que las personas tienen una obligación *pro tanto* a obedecer este tipo de leyes -al menos en un Estado liberal democrático. Rechazo esta respuesta, que me resulta simplista. Los legisladores no poseen poderes mágicos para crear obligaciones morales donde éstas no existían previamente. En mi país, muchos estados han prohibido el consumo de una gran variedad de drogas, incluyendo el alcohol, desde 1919 hasta 1933. Estas prohibiciones no tienen significado moral -o eso me parece a mí. A mi juicio, quien utiliza una droga ilícita probablemente ni siquiera comete un ilícito moral *pro tanto*. Obviamente, sin embargo, los argumentos en contra de esto -que las personas tienen una razón moral *pro tanto* para obedecer la ley- continúan dividiendo a los filósofos políticos.

A menos que nos aferremos a una teoría de obligación política que yo rechazo, necesitamos recorrer el tedioso camino de determinar qué crímenes *mala prohibita* imponen deberes morales y cuáles no y por qué. En la actualidad, me encuentro inclinado a reforzar mis pensamientos en “*Overcriminalization*” con el recuento de las razones recientemente defendidas por David Enoch. Comienzo tomando prestado su ejemplo acerca de cómo un nuevo hecho no moral puede aparentemente generar nuevas razones para actuar. Suponga que en el almacén de mi barrio aumenta el precio de la leche. Parecería que me han dado una razón para disminuir mi consumo de leche. Sin embargo, ¿realmente se creó una nueva razón desde cero? Resulta más plausible creer que el dueño del almacén simplemente manipuló una circunstancia no normativa de un modo determinado, desatando la razón preexistente, logrando la situación en la cual tengo motivos para reducir mi consumo de leche. Ya poseemos una razón condicional para comprar

2 N. del T.: El término legal “Mala prohibita offenses” refiere a conductas que son ilegales pero no malas por sí mismas. Ej. Llevar armas escondidas

menos de algo si su precio sube -la existencia de esto no depende de los actos del almacenero. Simplemente mediante la alteración de los hechos, el comportamiento del almacenero transformó esta razón condicional en una razón incondicional.

Es importante notar que el hecho alterado por el almacenero no necesita ser en sí mismo normativo para jugar el rol de detonador. Lo único que se requiere para que cumpla este rol es que el hecho sea normativamente significativo. Un hecho es normativamente significativo si alguna afirmación normativa es sensible a si el hecho se mantiene. Como el ejemplo lo indica, la afirmación normativa que es sensible a si el hecho se mantiene no necesariamente es moral. Mi razón para guardar dinero y adquirir menos de algo si su precio sube es prudente. No cometo ningún daño moral si fallo en cambiar mi consumo en respuesta a las acciones del dueño del almacén. Pero otras afirmaciones morales que son sensibles a si un hecho se mantiene sí son morales. Cuando los hechos detonan estas afirmaciones morales, pueden crearse nuevas obligaciones morales donde antes no existía ninguna. Considere, por ejemplo, cómo el hecho de que he hecho una promesa genera una obligación. Este fenómeno no es una instancia misteriosa de un “es” creando un “debe ser”. En cambio, el hecho de que prometí algo crea una razón moral para honrar mi compromiso detonando una razón moral condicional que existió en todo momento, independientemente de cualquier cosa que yo hiciera. En esta instancia, la razón preexistente es que las personas tienen una obligación moral a mantener sus promesas. Para citar un segundo ejemplo más complejo, considere como se genera una obligación por el hecho de que voluntariamente acepto un beneficio de alguien que no tiene la intención de hacer un regalo en una empresa cooperativa. Este hecho crea una razón moral para actuar de modo recíproco detonando una condición moral preexistente, una razón que alude a las consideraciones del juego limpio.

Las últimas dos razones condicionales morales -aquellas que invocan las promesas y el juego limpio- son importantes para entender la normatividad de la ley. Actúo ilegalmente si violo la ley que he prometido obedecer o si dejo de actuar de modo recíproco luego de haberme beneficiado del acatamiento de otros a las leyes bajo circunstancias que requieren mi actuar recíproco. En al menos dos de estas situaciones, se denota una situación moral preexistente. Mi argumento central es que ninguna aserción pura *malum prohibitum* puede crear una obligación moral a menos que lo haga detonando una condición moral preexistente. No necesito decirlo, pero confieso que tengo dudas respecto de si este recuento realmente provee la clave para la distinción entre esas ofensas *mala prohibita* que crean deberes de acatamiento y aquellas que no. El desafío, por supuesto, es ver si algún rival puede proveer un recuento mejor -sin depender de una teoría de obligación política que alegue que las personas tienen deberes de acatar *todas* las leyes.

En sexto lugar, algunos críticos extremistas se preguntan si una teoría de la criminalización debería en primer lugar consistir en limitaciones. Incluso cuando cada uno de mis siete límites se vea satisfecho, no tenemos razones *positivas* para invocar el derecho penal. En cambio, simplemente hemos superado cada una de las siete razones para *no* hacerlo. Admito que deberíamos intentar decidir cuándo es que el derecho penal *debería* utilizarse y no

únicamente cuando *no*. No puedo pensar ni en un solo caso en los cuales mis límites se vean satisfechos pero de todos modos el derecho penal no deba utilizarse. Pero la imposibilidad de pensar en tal caso difícilmente parece un argumento para decir que no existe.

De cualquier modo, no digo nada explícito respecto de cuándo *debería* utilizarse el derecho penal. Presumiblemente hay algunas leyes que los Estados tienen el deber de poner en marcha (como dice Alon Harel). Un Estado que falla en proteger a las personas (¿y la propiedad?) fallaría también en pasar cualquier test sensato de legitimidad. Sin embargo, ¿cómo decidimos qué crímenes son los que debe establecer todo Estado legítimo? Simplemente no respondo a esta pregunta importante. Cuando se lo presenta de modo poco atractivo, puede argumentarse que no he producido una teoría de la *criminalización*, sino una teoría de la criminalización *injustificada*. La mayoría de los filósofos legales han estado demasiado ocupados intentando combatir la sobre-criminalización y confinar el derecho penal a los límites razonables de modo tal que olvidamos que los Estados *deben* tener al menos algún tipo de derecho penal -lo que Hart llamó un contenido mínimo. Si esta crítica es acertada, aún les queda mucho trabajo por hacer a los filósofos legales para explicar los detalles de aquél contenido mínimo.

Las preocupaciones respecto de si una teoría de criminalización debería consistir de limitaciones van más allá de esta preocupación. Además, ¿cuál es el estatus de cualquier principio (límites u otros) que decidiéramos eventualmente reconocer? En particular, ¿deberíamos favorecer la inclusión de estos principios en una Constitución? De no ser así, ¿cómo serían impuestos? Pero en caso de que *sí* se los incluya en una Constitución, ¿deberíamos darle a las Cortes el poder de revisión judicial para declarar inconstitucional leyes penales que los violen? Este poder no sólo es peligroso y contra-mayoritario sino que requiere también que las Cortes hagan juicios que parecen fuera de su especial competencia. Mis limitaciones incluyen un principio que requiere que las leyes sean razonablemente efectivas en cuanto a la obtención de sus objetivos. La determinación de *cuál* es el objetivo que una ley dada propone, y qué tan efectiva resulta esa ley para promulgar ese objetivo comparándola con medios alternativos parece caer dentro de la competencia de los legisladores antes que de la de los jueces. ¿Realmente deberíamos expandir el poder judicial tan radicalmente sin considerar cuidadosamente si esta expansión exige demasiado de nuestro Poder Judicial? ¿Si nos embarcamos en este experimento y estamos disconformes con los resultados, sería reversible?

Sin embargo, si estos principios *no* son constitucionalizados, ¿se tornan meras aspiraciones filosóficas sin un efecto discernible en la epidemia de la sobre-criminalización en el mundo real? Este resultado es desesperante. Mi encuesta del terreno político en los Estados Unidos y en otros sitios me convence de que no profundizaremos demasiado en el fenómeno de la sobre-criminalización en ningún futuro cercano -incluso en el caso de que la mayoría de los políticos considerara que esto presenta un problema muy real. A menos que los principios que pertenecen al derecho penal puedan implementarse de *algún modo* en el mundo real, probablemente no ocurran mejoras. Los filósofos una vez más habrán fallado en cambiar el mundo, del mismo modo en que lo habrán entendido exitosamente.

En séptimo lugar, y finalmente, ¿cómo deben utilizarse estos límites en una teoría de derecho penal? Desde mi punto de vista, la tarea filosófica ha sido la de *identificar*, *defender* y *aplicar* estas limitaciones a controversias particulares. La última de estas tres tareas es quizás la

más complicada. Una teoría de criminalización tendrá pocos usos si tan solo nos dice lo que ya sabemos. Nadie cuestiona la criminalización de actos violentos. Sin embargo, ¿qué controversias particulares vigentes al día de hoy se resuelven aplicando mis límites? En “*Overcriminalization*”, utilicé mayormente las limitaciones para demostrar lo que es en principio objetable respecto de las prohibiciones sobre drogas -un tema que me sigue interesando. Argumenté que las proscripciones de drogas probablemente fallen en una gran cantidad de mis siete limitaciones y por ende deberían repelerse. Sigo creyendo que estoy en lo correcto. Desde entonces, sin embargo, he intentado determinar cómo mi teoría resulta aplicable a otras leyes, con respecto a las cuáles otras mentes razonables difieren: la penalización de la poligamia, por ejemplo. Las prohibiciones sobre las armas son otro ejemplo que divide a los ciudadanos de los Estados Unidos. El progreso sobre estos temas ha sido demasiado lento. Por mucho tiempo, los comentaristas sobre el tema simplemente se preguntaban si cierto tipo de conducta debería ser penalizada o despenalizada sin preocuparse por la pregunta genérica de qué conformaría una base respetable para penalizar o despenalizar *cualquier cosa*. He concluido que una teoría como la mía es valiosa no porque produce respuestas claras y poco controversiales para estos problemas. En cambio, es valiosa porque *formula las preguntas correctas* e identifica donde debe continuar el debate para resultar eficiente. Igualmente importante, aunque no tan obvio, es valioso porque no formula las preguntas *equivocadas*. La determinación de qué leyes controversiales en particular son correctas o fallan según mi criterio de la penalización debería mantenernos ocupados en el futuro cercano. Espero haber propuesto un esquema en el cual dichas preguntas puedan buscarse de modo eficiente. Obviamente aún queda una enorme cantidad de trabajo empírico y conceptual por hacerse.