

En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño*

Defending a Consequentialist Interpretation of the Harm Principle

Bruno Rusca

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, CONICET – Universidad Nacional de Córdoba,
brunorusca@gmail.com

Resumen

El principio del daño suele entenderse como un postulado liberal, que impide al Estado prohibir comportamientos que carezcan de consecuencias lesivas para terceros, con el fin de garantizar a los ciudadanos un ámbito de autonomía. De todos modos, no existe una única interpretación del principio del daño, sino varias, las cuales se diferencian en su fundamento y alcance. Luego de presentar diferentes concepciones de este principio y de plantear las críticas a las que ha sido expuesto, se defiende una perspectiva que lo concibe como un criterio de criminalización fundado en consideraciones consecuencialistas; más específicamente, como una razón en favor de prohibir penalmente una conducta, aunque no de carácter concluyente, en función de las consecuencias beneficiosas de tal medida. Esta interpretación, además de dar respuesta a las objeciones más serias que se han formulado en contra del principio del daño (sobre-inclusión, sub-inclusión, representación errónea de las razones para criminalizar e instrumentalización), permite esclarecer los diferentes problemas que involucra la tipificación de un comportamiento como delito.

Palabras clave: criterios de criminalización, principio del daño, consecuencialismo.

Abstract

The harm principle is usually understood as a liberal idea, which prevents the states from banning behaviors that do not have harmful consequences to others, in order to guarantee citizens an autonomy area. However, there are several interpretations of the harm principle, which differ in their foundations and scopes. After introducing different interpretations of this principle and raising the objections that have been directed against them, I present a perspective that understands it as a criminalization criterion based on consequentialist reasons; more specifically, as a reason in favor of criminally prohibiting certain behavior, although not of a conclusive nature, based on the beneficial consequences of such a measure. Besides answering the most serious criticism against harm principle (over-inclusion, sub-inclusion, misrepresentation of reason for criminalizing and using people as mere means), my interpretation allows to clarify the various problems involved in the criminalization of an act.

Keywords: criminalization, harm principle, consequentialism.

* Agradezco especialmente a Hernán Bouvier, Guillermo Lariguet y José Milton Peralta por la lectura de una versión preliminar de este trabajo y por las valiosas sugerencias realizadas. Agradezco también a dos evaluadores anónimos por las importantes observaciones que realizaron al trabajo, las cuales han enriquecido el producto final.

Introducción

Uno de los problemas más relevantes de la parte especial del Derecho Penal consiste en determinar la clase de conductas que deberían criminalizarse. La pregunta crucial es si existe algún parámetro, externo al derecho positivo, para evaluar las decisiones del legislador en esta materia. Más allá del contenido de cierto ordenamiento jurídico concreto, desde un punto de vista *moral*, no es legítimo criminalizar cualquier conducta.¹ Si, por ejemplo, de acuerdo con determinada legislación, el hecho de comer pastelitos fuera un delito,² o si se conminara con una pena la acción de interrumpir abruptamente una conversación, habría razones importantes para cuestionar tales normas. La razón de ello es simple: nadie debería ser castigado por llevar a cabo comportamientos tan irrelevantes.

En el ámbito anglosajón, es probable que el criterio de criminalización que cuente con mayor grado de aceptación sea el denominado “principio del daño” (en adelante, “PD”). En su versión originaria, formulada por el filósofo inglés John Stuart Mill, el PD establece que solo está permitido prohibir los comportamientos que perjudican a otros. Las acciones que no ocasionan daños a terceros ni crean un peligro de daño contra sus intereses, en cambio, no pueden ser objeto de la coerción estatal. Expresado con palabras de Mill:

“Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente (...) La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.”³

Por lo común, el PD es interpretado como una idea liberal, cuyo fundamento reside en la necesidad de establecer un *límite* al poder coactivo del Estado para garantizar a los individuos un ámbito de autonomía. Esta es, al menos, la concepción de Mill. Para dicho autor, existen varias razones para restringir la interferencia estatal a las acciones que dañen a terceros. En primer lugar, Mill sostenía que cada individuo es el principal interesado en su bienestar y, por tal razón, nadie puede obligarlo a que se abstenga de hacer lo que considere más conveniente para sus intereses.⁴ En todo caso, si otros piensan que está equivocado, porque, con su conducta, se perjudica a él mismo o porque su plan de vida carece de toda virtud, éstas son buenas razones

¹ Como se sabe, el término “moral” tiene diferentes significados, lo que en ocasiones puede dar lugar a ciertos malentendidos. En un sentido, la moral hace referencia al conjunto de normas y pautas de comportamiento aceptadas en un grupo social determinado (“moral positiva”). En otro sentido, el término designa a un conjunto de normas y pautas de comportamientos que se consideran válidas y merecedoras de respeto, en base a principios justificados racionalmente y sin importar si son socialmente aceptadas o no (“moral crítica”). Asimismo, pueden distinguirse dos dimensiones de la moralidad: la que prescribe un comportamiento hacia otros (“moral pública”) y la que establece deberes hacia uno mismo (“moral privada”). En este trabajo, salvo indicación en contrario, la palabra “moral” se empleará en el sentido de “moral crítica” y en su dimensión “pública”, esto es, en referencia a los deberes que las personas tienen hacia otros. Sobre la distinción entre moral positiva y moral crítica, véase HART (1963), p. 17. Sobre la distinción entre moral pública y moral privada, véase NINO (1998), p. 427.

² El ejemplo es de HUSAK (2013), p. 169.

³ MILL (1970), p. 68.

⁴ MILL (1970), p. 154.

para aconsejarle modificar su comportamiento, pero no para obligarlo o imponerle una sanción, de *cualquier* clase, si no lo hace.⁵

Por otro lado, Mill argumentaba que cada individuo, en lo que atañe exclusivamente a sus propios intereses, tiene a disposición medios de conocimiento superiores para tomar decisiones que cualquier otra persona y, por tanto, es el más competente para determinar aquello que más le conviene. En cambio, la intervención de la sociedad en tales asuntos solo puede fundarse en presunciones generales y aproximadas, que, además, por la falta de conocimiento de circunstancias relevantes, podrían ser aplicadas erróneamente a los casos particulares.⁶

Por último, Mill creía en el valor de la experimentación y el aprendizaje en materia moral; aunque las personas se equivoquen en la elección de su plan de vida, sostenía, lo importante es que escojan por sí mismas, pues el desarrollo de las facultades morales requiere de la práctica constante. Por ello, abogaba por asegurar a los individuos un ámbito de autonomía para el ejercicio de su libertad de elección, lo cual, en última instancia, permitiría el fortalecimiento de su carácter y personalidad.⁷

Desde su formulación por parte de Mill, el PD ha sido objeto de numerosas críticas y, en la actualidad, muchos pensadores lo consideran una idea completamente implausible. Las objeciones que se plantean en contra del PD tienden a demostrar, entre los cuestionamientos más relevantes, que no permite justificar la criminalización de conductas que todo criterio de criminalización debería autorizar, o que constituye un límite muy débil al castigo, o bien que no representa las razones por las cuales se debe castigar.⁸ De todos modos, en la literatura filosófica, no existe, en verdad, un único PD, sino, más bien, concepciones diversas, las cuales se diferencian en el alcance y contenido que confieren a dicho criterio de criminalización.⁹ Precisamente, algunas de las críticas más importantes que se han formulado en su contra, en realidad, solo alcanzan a ciertas interpretaciones del PD, pero no a otras. Por tal razón, antes de analizar si estos cuestionamientos son atendibles, es necesario presentar las diferentes concepciones del PD.

En última instancia, el objetivo principal de este trabajo consiste en defender una interpretación del PD que, según la opinión mantenida aquí, puede resistir las objeciones más serias y, además, se apoya en un fundamento que, si se aceptan determinadas premisas, constituye una propuesta razonable.

⁵ “Sería una gran incomprensión de esta doctrina considerarla egoísta e indiferente, por pretender que los seres humanos nada tienen que ver con la conducta de los demás en la vida, si han de interesarse en sus buenas acciones o bienestar, a menos que su propio interés esté en juego. Lo que es necesario para favorecer el bien ajeno es un aumento, no una disminución de los esfuerzos desinteresados. Pero la benevolencia desinteresada puede encontrar otros instrumentos para persuadir a las gentes de lo que es su propio bien que el látigo y el azote, sean reales o metafóricos”. MILL (1970), p. 153.

⁶ MILL (1970), p. 154.

⁷ MILL (1970), p. 131. Un resumen de los argumentos de Mill en favor del principio del daño puede encontrarse también en NINO (1980), pp. 272 y ss.

⁸ En el apartado 3 de este trabajo, se analizan detalladamente estos problemas.

⁹ EDWARDS (2014), p. 253.

1. El concepto de daño

Antes de analizar qué significa exactamente que la criminalización, o la coerción estatal en un sentido amplio, deba servir para “prevenir daños a terceros” (*q*), es necesario formular una definición de daño. Ello resulta una tarea difícil, pues hay muchos problemas involucrados en la determinación del alcance de dicho término.¹⁰ De todos modos, de acuerdo con una definición bastante extendida, puede afirmarse que daño es el menoscabo significativo o duradero de los intereses de una persona.¹¹ En líneas generales, los intereses son recursos valiosos para el bienestar de los individuos.¹² Con ello se hace referencia a su carácter instrumental, esto es, que sirven a la calidad de vida.¹³ Por supuesto, mientras que algunos intereses son muy singulares y pocos individuos los poseen, otros son compartidos por *casi* todos.¹⁴ Lo que importa, en definitiva, no es si ese recurso sirve al bienestar de una persona determinada, sino, por el contrario, si *normalmente* favorece la calidad de vida de una persona estándar.¹⁵ En circunstancias habituales, sin un mínimo grado de salud física y emocional, suficiencia económica, buena reputación o libertad individual, las personas no podrían desarrollar su plan de vida ni alcanzar las metas últimas que se proponen durante su existencia. Cuando tales intereses resultan menoscabados, tiene sentido afirmar, entonces, que la persona ha sufrido un “daño” o, lo que es igual, que ha sido “dañada”.

Cabe aclarar que esta definición de daño, como menoscabo de un interés, hace referencia a la dimensión cualitativa de dicho concepto, lo que se conoce como “moneda” del daño —*currency of harm*—.¹⁶ De todos modos, también es relevante para el concepto de daño la cuestión de su dimensión cuantitativa, lo que se denomina medida del daño —*measure of harm*—,¹⁷ esto es, la determinación del grado de afectación. A este respecto, existen diferentes posturas. Puede distinguirse, por un lado, entre una perspectiva no-comparativa, que supone la posibilidad de medir la intensidad del daño sin necesidad de establecer una comparación, y, por otro lado, una perspectiva comparativa, la cual requiere necesariamente cotejar la situación en que se encuentra una persona con otro estado de cosas.¹⁸ En relación con esta última, se han propuesto distintos criterios para realizar la comparación, como utilizar un parámetro contra-fáctico, temporal o normativo.¹⁹ Cada una de estas propuestas presenta dificultades para solucionar algunos casos especialmente problemáticos, por lo cual, también existen autores que defienden posturas que

¹⁰ Para una aproximación a este problema, véase EDWARDS (2014), pp. 266 y ss. También, THOMSON (2011), pp. 1-23.

¹¹ FEINBERG (1984), p. 33.

¹² La idea del interés como recurso ha sido planteada por VON HIRSCH (2016), pp. 37 y ss. Asimismo, Feinberg utiliza el término *welfare interests*, para explicar que, antes que los objetivos o aspiraciones últimas de los individuos, el derecho penal solo puede proteger las condiciones necesarias para que las personas alcancen tales metas. Sobre este tema, véase FEINBERG (1984), pp. 61 y ss. Sobre la similitud entre la idea de interés como recurso y el concepto de *welfare interests*, véase SEHER (2016), p. 75.

¹³ Lo cual no implica negar que, además de su carácter instrumental, ciertos intereses pueden tener un valor en sí mismo. Al respecto, véase SIMESTER y VON HIRSCH (2014), p. 37.

¹⁴ FEINBERG (1984), p. 188.

¹⁵ VON HIRSCH (2016), p. 38; FEINBERG (1984), p. 188.

¹⁶ TADROS (2016), p. 175.

¹⁷ TADROS (2016), p. 176.

¹⁸ THOMSON (2011), pp. 438 y ss.

¹⁹ THOMSON (2011), pp. 443 y ss.

combinan distintos criterios.²⁰ Ahora bien, aunque la cuestión de cómo debe medirse el daño reviste importancia, excedería las posibilidades de este trabajo abordar este problema en profundidad, por lo cual, el análisis se limitará aquí a la dimensión cualitativa del daño—*currency*—.

El concepto de daño, entendido como alteración *duradera* de los intereses de un individuo, se diferencia de la noción de ofensa. Básicamente, la distinción reside en la intensidad de la afectación. Las conductas ofensivas provocan meras sensaciones o estados mentales desagradables como temor, ira, vergüenza o repugnancia, pero no tienden a producir efectos perdurables en el bienestar de las personas. En este aspecto, las ofensas constituyen experiencias transitorias, que cuando desaparecen, dejan a la persona tan intacta como estaba antes, como cuando finaliza una dolorosa visita al dentista.²¹ En cambio, un daño consiste en algo más que una experiencia displacentera; la afectación significativa de un interés personal, como la pérdida de un miembro, una disminución sustancial del patrimonio o la restricción permanente de la libertad, hace que las perspectivas futuras de vida cambien para peor. Esta dimensión prospectiva del daño no implica afirmar que, cuando un interés es lesionado, *necesariamente* el bienestar de la persona se deteriore; por el contrario, tales consecuencias son contingentes y, por tanto, es posible que, a pesar de todo, la calidad de vida del individuo no disminuya.²² En todo caso, hace referencia a que, cuando una persona sufre un daño, se reducen sus posibilidades u oportunidades para alcanzar el bienestar.²³

La noción de daño adoptada aquí, a diferencia de la concepción sostenida por Feinberg, no es dependiente de la inmoralidad de la conducta que ocasiona ese perjuicio.²⁴ Esto significa que el análisis para determinar la existencia del daño no involucra una evaluación normativa, o sea, un examen acerca de si la producción de dichas consecuencias constituye, a su vez, la realización de un hecho ilícito.²⁵ En efecto, aunque en ocasiones estos conceptos —*ilicitud* y *daño*— se solapan, son analíticamente independientes.²⁶ Así, por ejemplo, el juez que ordena encerrar de por vida al acusado que ha sido declarado culpable de un delito muy grave, sin dudas, le ocasiona a éste un perjuicio extremadamente severo, aunque el dictado de la sentencia sea, desde todo punto de vista, una acción lícita. Del mismo modo, ciertos comportamientos ilícitos, en determinadas circunstancias, pueden ser completamente inocuos; por citar un caso, el testigo que miente al juez sobre un aspecto irrelevante para el proceso, realiza una conducta ilícita, aunque la mentira no produzca absolutamente ninguna consecuencia en el funcionamiento de la administración de justicia.²⁷ Por estas razones, en definitiva, resulta conveniente adoptar una

²⁰ EDWARDS (2014), p. 218.

²¹ Sobre el concepto de ofensa y las diferencias con la noción de daño, véase FEINBERG (1984), pp. 45 y ss.

²² SIMESTER y VON HIRSH (2014), p. 36.

²³ La idea de que el daño tiene implicancias desfavorables para las perspectivas futuras de vida de la persona es defendida por diferentes autores. Concretamente, pueden verse RAZ (1988), p. 170; GARDNER y SHUTE (2012), p. 26; SIMESTER y VON HIRSH (2014), pp. 36 y ss.

²⁴ FEINBERG (1984), p. 36.

²⁵ Sobre los problemas del concepto de daño que defiende Feinberg, entendido como el menoscabo *ilícito* de un interés, véase STEWART (2001), pp. 47-67.

²⁶ GREEN (2013), p. 75.

²⁷ El ejemplo es de GREEN (2013), p. 76. Aunque la cuestión no está exenta de polémica, existen autores que sostienen que, incluso ilícitos como el chantaje o la explotación, en ocasiones, son inocuos. Al respecto, puede verse PERALTA (2016), pp. 481-497, y PERALTA (2015), pp. 359-375.

definición de daño como el puro menoscabo de un interés, independientemente de si, además, tal menoscabo constituye un comportamiento moralmente incorrecto.²⁸

Existen similitudes muy importantes entre el PD y lo que, en el ámbito continental europeo, se denomina “principio de lesividad” o de “protección de bienes jurídicos”. De acuerdo con este último, solo es legítimo criminalizar comportamientos que lesionan o crean un riesgo de daño contra un bien jurídico. De todos modos, las diferencias entre el alcance de ambos principios son significativas. En primer lugar, si bien el concepto de bien jurídico tiende a ser definido también como un “interés”, no necesariamente hace referencia a un interés individual, ya que, al menos según lo que aparentemente representa la concepción dominante, se reconoce a entidades colectivas la posibilidad de ser titulares de bienes jurídicos²⁹; en consecuencia, una acción puede considerarse lesiva, aunque no tenga la capacidad de afectar el bienestar de los individuos.³⁰ Por supuesto, el concepto de daño en el ámbito anglosajón también incluye el menoscabo de intereses públicos, como, por ejemplo, la seguridad frente a enemigos externos, la recaudación de impuestos o un mínimo grado de estabilidad económica. No obstante, la razón por la cual la lesión de tales intereses configura un daño reside en que, en última instancia, ellos sirven a la calidad de vida de las personas; o, expresado con palabras de Feinberg, los intereses públicos también pertenecen a los individuos.³¹ En cambio, en la tradición continental europea, existe cierta tendencia a sostener que un interés puede constituir un bien jurídico colectivo aunque su afectación no tenga ninguna repercusión en el bienestar de las personas.³²

Asimismo, a diferencia del ámbito anglosajón, la protección de sentimientos —verbigracia, el sentimiento de pudor en el delito de exhibiciones obscenas— queda comprendida normalmente en la noción de bien jurídico; es decir, dicho concepto abarca no solo acciones que ocasionan un daño, sino también meras ofensas.³³ Por último, aun cuando se atribuya al concepto de bien jurídico la tarea de desempeñar una función crítica de la legislación o político-criminal, es común que mantenga cierta dependencia con el contenido del derecho positivo. Así pues, para algunos autores, los bienes jurídicos surgen de la Constitución nacional o de los derechos establecidos por ella.³⁴

²⁸ Se sostiene aquí, simplemente, que, para entender mejor los conceptos de daño e licitud, es preferible mantenerlos separados. Así pues, tiene completo sentido afirmar que, por la afectación duradera de un recurso que *normalmente* sirve al bienestar de una persona *estándar*, alguien ha sufrido un daño, aunque no haya sido causado por una conducta ilícita, como, por ejemplo, si lo ha ocasionado una acción realizada en el ámbito de la legítima defensa.

²⁹ PERSAK (2007), p. 104; GRECO (2004), p. 103.

³⁰ VON HIRSCH (2016), p. 39.

³¹ FEINBERG, (1984), p. 63. En el mismo sentido, SIMESTER y VON HIRSH (2014), p. 38; VON HIRSCH (2016), p. 40.

³² Para una defensa de la concepción dualista, que sostiene que los bienes jurídicos colectivos no son reducibles a intereses individuales, véase GRECO (2004), pp. 103 y ss.; GRECO (2012), pp. 354 y ss. Sobre la tendencia a renunciar a vincular los bienes jurídicos a intereses individuales, véase VON HIRSCH (2016), pp. 39 y ss. Cabe aclarar, no obstante, que existen perspectivas críticas sobre este modo de concebir los bienes colectivos. Concretamente, para la denominada concepción personal del bien jurídico, defendida especialmente por Hassemer, los bienes jurídicos colectivos solo pueden ser reconocidos en la medida en que refieran a intereses individuales. Al respecto, puede verse ZIFFER (2005), pp. 29 y ss.

³³ PERSAK (2007), p. 114. De todos modos, existen voces críticas sobre la legitimidad de tales prohibiciones. Al respecto, véase HÖRNLE (2016), pp. 375-390.

³⁴ ROXIN (1997), p. 55; ZAFFARONI *et al.* (2005), p. 486.

Por supuesto, no se pretende aquí presentar una descripción completa de las diferencias entre el PD y el principio de lesividad, ni mucho menos realizar una exposición acabada de las distintas posturas sobre el concepto de bien jurídico. Dicha tarea excedería ampliamente las posibilidades de este trabajo. Simplemente, basta con señalar que, aunque las similitudes entre ambos principios son significativas, existen diferencias relevantes entre ellos. De todos modos, el análisis que se realiza sobre las diferentes interpretaciones del PD, y la tesis que se defenderá en este trabajo, pueden también aportar elementos útiles a la discusión sobre el alcance del principio de lesividad en el ámbito continental-europeo. En todo caso, la relevancia del aporte dependerá de cómo se entienda el concepto de bien jurídico, sobre el cual existen las más variadas concepciones.³⁵

2. Diferentes concepciones del principio de daño

Como aproximación preliminar³⁶, el PD puede representarse con el siguiente enunciado:

p está permitido si *q*

Por *p* se entiende el ejercicio de alguna forma de coerción estatal, mientras que *q* refiere a la existencia de un daño relacionado de cierto modo con el comportamiento a prohibir. El enunciado establece, a grandes rasgos, una condición para la permisibilidad del ejercicio de coerción. De todos modos, el alcance preciso del PD depende tanto de la clase de relación que exista entre *p* y *q*, como del contenido específico que se atribuya a cada uno de estos términos.³⁷

2.1 Principio de gobierno o principio del derecho penal

En primer lugar, el contenido de *p* admite dos interpretaciones posibles, lo que da lugar a concepciones diferentes del PD:

- a) *p* = ejercicio de cualquier forma de coacción
- b) *p* = criminalización

De acuerdo con *a*), se requiere que el ejercicio de *cualquier* mecanismo de coacción por parte del Estado tenga por finalidad la prevención de daños a terceros. Para esta concepción, el PD constituye, pues, un principio de gobierno, esto es, que rige para toda modalidad de injerencia estatal, ya sean sanciones administrativas, de carácter penal u cualquier otro instrumento de control social al que pueda recurrir el Estado. Paradigmáticamente, Mill interpretaba el PD de esta manera, ya que el propósito de su obra consiste, antes que en delimitar el ámbito de lo punible, en garantizar a los individuos un área de libertad, en la cual ninguna forma de coerción está justificada. Expresado con palabras de este autor:

³⁵ Al respecto, puede verse GRECO (2004), pp. 102 y ss.

³⁶ Más adelante especificaré estas condiciones, porque, como se verá a continuación, algunas de las cláusulas que implicaría *p* está permitido si *q* pueden ser sofisticadas.

³⁷ Las distinciones formuladas a continuación son aquellas que se consideran estrictamente necesarias para describir el contenido y el fundamento de la concepción del PD defendida en este trabajo, y las que permiten diferenciarla en sus aspectos centrales de otras interpretaciones. Una clasificación más exhaustiva con mayores distinciones analíticas, puede verse en EDWARDS (2014), pp. 253-285.

“Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al bienestar general. Pero no hay lugar para plantear esta cuestión cuando la conducta de una persona o no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra, o no los afecta necesariamente y sí sólo por su propio gusto (tratándose de personas mayores de edad y con el discernimiento ordinario). En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias.”³⁸

En cambio, según b), el PD constituye un criterio de criminalización, o sea, un estándar cuyo campo de aplicación se limita al Derecho Penal. Esta concepción tiene un alcance bastante más restringido que *a*, ya que, al circunscribirse a la imposición de sanciones penales, permite legitimar la aplicación de otra clase de medidas coactivas con arreglo a justificaciones diferentes del PD. Así, por ejemplo, de acuerdo con b), podría ser legítimo imponer una sanción administrativa por razones paternalistas, es decir, para proteger a las personas de los daños que pudieran causarse a sí mismas (verbigracia, la imposición de multa a los automovilistas que omiten utilizar el cinturón de seguridad). Particularmente, Joel Feinberg defiende este punto de vista:

“Este libro es un intento por encontrar una respuesta general, aunque una complicada, a la pregunta: ¿qué tipos de conducta puede el Estado legítimamente criminalizar? Su tema, aunque amplio, es aún más reducido que el interés fundamental de Stuart Mill en *Sobre la libertad* con ‘la naturaleza y los límites del poder que legítimamente puede ser ejercido por la sociedad sobre el individuo’, ya que nuestro interés es solo con el poder ejercido por el Estado por medio del derecho penal.”³⁹

2.2 Principio centrado en las consecuencias del “acto” o principio centrado en las consecuencias de la “criminalización”

En líneas generales, el requisito referido a la necesidad de que la coerción estatal, o la criminalización, sirva para prevenir daños a terceros (*q*) se puede interpretar de dos modos:

- c) *q* = la conducta a prohibir ocasiona un daño o un riesgo de daño a intereses de terceros
- d) *q* = la no criminalización de la conducta produciría un daño a terceros

Si bien la distinción entre ambos enunciados es sutil, en última instancia, expresan concepciones diferentes del PD. Con arreglo a c), se requiere que el comportamiento prohibido en *sí mismo* cause un daño a otros o, al menos, involucre la creación de un peligro real o potencial para los intereses de otras personas. De modo que, para justificar el ejercicio de la coerción estatal, es necesario demostrar que la acción que se pretende prohibir puede dar lugar a consecuencias perjudiciales. Por ello, interpretado de este modo, el PD impide al Estado prohibir la realización de conductas completamente inocuas o lesivas únicamente para el propio autor. A modo de ejemplo, sería ilegítimo castigar el consumo de material pornográfico o la tenencia de estupefacientes para uso personal. Tales comportamientos, en la medida en que no dañan a otros, deberían estar permitidos.⁴⁰

³⁸ MILL (1970), p. 153.

³⁹ FEINBERG (1984), p. 3. Traducción propia.

⁴⁰ Al cuestionar la interpretación que defienden Gardner y Shute, Husak parece respaldar esta concepción del PD. Véase HUSAK (2013), p. 131.

Esta concepción del PD se fundamenta en una perspectiva liberal antiperfeccionista.⁴¹ En definitiva, no deben prohibirse las conductas inocuas, porque forman parte de un ámbito de libertad individual, en el cual resulta injustificada la injerencia estatal. Ello es una consecuencia de sostener, como planteaba Mill, que en tanto no interfiera con la libertad de los demás, cada individuo tiene la facultad de elegir su plan de vida y el modelo de virtud personal que considere adecuado; el hecho de que sus decisiones pudieran perjudicarlo en sus intereses o acarrear la degradación de sus facultades morales no son razones para interferir coactivamente con su libertad, sino, en todo caso, para ayudarlo o aconsejarle.⁴² De tal forma que, aunque la criminalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal fuera útil para alcanzar ciertos objetivos sociales —verbigracia, combatir el narcotráfico y otros delitos violentos—, según esta idea, las personas tienen *derecho* a llevar a cabo esa acción, y, por tanto, no se les puede impedir su realización; lo contrario implicaría una violación de su ámbito de autonomía.

Por otro lado, de acuerdo con d), lo que importa son las consecuencias de la *criminalización*, y no las consecuencias de la conducta prohibida.⁴³ Más específicamente, según esta concepción, el PD requiere que la criminalización del comportamiento en cuestión sea útil para prevenir daños a terceros, independientemente de si ese comportamiento es en *sí mismo* dañino o peligroso; o, dicho de otro modo, es necesario demostrar que, si no se penaliza determinada acción, sobrevendrían daños a intereses de otros. Si el PD se concibe de esta manera, la determinación del límite a la criminalización depende de un análisis empírico de sus consecuencias. Ciertamente, en la medida en que se reconozca un mínimo de eficacia al derecho, es probable que la prohibición penal de una acción perjudicial o peligrosa sirva también para prevenir daños. Así, por ejemplo, como el homicidio constituye un comportamiento dañino, su criminalización es *prima facie* útil para prevenir daños, puesto que presumiblemente más personas se atreverán a matar si no existe amenaza de castigo penal. Empero, la verdad de esta afirmación es contingente y, por tanto, consideraciones empíricas podrían demostrar lo contrario; de hecho, es perfectamente posible que la criminalización de una acción provoque que la realización de esa conducta se incremente —verbigracia, si, debido a su carácter prohibido, muchas personas experimentan un deseo de llevar a cabo tal comportamiento—. ⁴⁴

De todos modos, d) también permite criminalizar acciones inocuas o meramente ofensivas, siempre que, en caso de que no fueran penalizadas, tendrían lugar consecuencias lesivas para

⁴¹ Una interpretación liberal del principio del daño, pero basada en una concepción perfeccionista de la autonomía, es defendida por Joseph Raz. Para este autor, debe rechazarse la idea antiperfeccionista de que el respeto por la autonomía personal requiere que el Estado se abstenga de promover cualquier concepción de lo que constituye una vida buena. Por el contrario, la autonomía presupone que los individuos cuentan con un rango adecuado de opciones moralmente *valiosas*, por lo cual el Estado debe asegurar la disponibilidad de tales alternativas. De todos modos, según Raz, aunque el Estado tenga el deber de promover las condiciones para el ejercicio de la autonomía, ello no implica, necesariamente, que lo deba hacer en *todos* los casos de modo coactivo, pues, la coerción estatal, y especialmente la criminalización, configura, a su vez, una invasión severa de la autonomía de las personas. Al respecto, véase RAZ (1998), pp. 169 y ss. Para una discusión del concepto de autonomía en Raz y su interpretación del principio del daño, véase IOSA (2017), pp. 510 y ss.

⁴² NINO (1989), p. 426.

⁴³ EDWARDS (2014), p. 265.

⁴⁴ EDWARDS (2014), p. 264.

terceros.⁴⁵ A modo de ejemplo, podría legitimarse el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal si, hipotéticamente, la criminalización de dicha conducta perjudica el negocio de los narcotraficantes y, como consecuencia, se produce una disminución de otros delitos graves relacionados con la actuación de tales organizaciones criminales —verbigracia, homicidios, lesiones, corrupción, etc. —. Es decir, aunque la tenencia de estupefacientes para consumo personal no constituya una acción ni siquiera peligrosa en abstracto, su criminalización podría pasar el test del PD. Por lo cual, según esta interpretación, el PD no excluye, al menos necesariamente, la penalización de ilícitos inocuos.

Ahora bien, para justificar la prohibición penal de una conducta, la concepción d) se complementa, además, con el requisito de que no existan medios alternativos a la criminalización, que den lugar a una regulación más eficiente de la materia. Es decir, si pueden alcanzarse los mismos resultados con medidas menos costosas —que involucren un menor sufrimiento para los infractores—, la decisión de criminalizar resulta, pues, ilegítima. De modo que, aun cuando la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal pudiera ser útil para prevenir daños, no debería criminalizarse esa conducta si, por ejemplo, sanciones de tipo administrativo constituyeran mecanismos más eficientes de prevención. Este requisito de necesidad de la legislación penal es defendido expresamente por Feinberg, en su formulación del PD:

“Es siempre una buena razón en apoyo de la legislación penal que sería probablemente efectiva en prevenir (reducir, eliminar) daños a personas distintas del actor (al que se le prohíbe el comportamiento) y no haya probablemente otro medio que sea igualmente efectivo a un costo no mayor para otros valores”.⁴⁶

Es preciso aclarar, sin embargo, que la inexistencia de medios alternativos a la criminalización, conocido como principio de *última ratio* del Derecho Penal, no debe entenderse como una cuestión de mera eficacia, sino como un asunto de eficiencia.⁴⁷ En efecto, es frecuente que este requisito sea interpretado como la ausencia de medios de control social menos lesivos, que posean la misma capacidad de prevención; no obstante, el requisito de *ultima ratio* exige comparar tanto los beneficios como los costos de cada una de las medidas institucionales.⁴⁸ De acuerdo con esto, la utilización del Derecho Penal es ilegítima cuando mecanismos alternativos arrojan un balance de costos y beneficios más favorable. Ello puede ocurrir si con medidas menos costosas que la criminalización se logran los mismos efectos preventivos, como también si, aunque el grado de prevención alcanzado sea *menor*, el costo de la intervención no penal resulta significativamente más reducido.⁴⁹

Por otro lado, conforme a d), es necesario, además, comparar los daños que previene la criminalización con los daños que ella ocasiona, para determinar si ambos mantienen cierta proporcionalidad. En líneas generales, se deben cotejar las consecuencias de la criminalización

⁴⁵ Esta idea ha sido planteada de un modo muy elocuente por Gardner y Shute, en su trabajo sobre la ilicitud de la violación. Al respecto, véase GARDNER y SHUTE (2012), pp. 23-53.

⁴⁶ FEINBERG (1984), p. 26. Traducción propia.

⁴⁷ Para un análisis crítico del principio de *última ratio*, véase HUSAK (2004), pp. 207-235.

⁴⁸ GÓMEZ POMAR y ORTIZ DE URBINA GIMENO (2005), p. 159.

⁴⁹ GÓMEZ POMAR y ORTIZ DE URBINA GIMENO (2005), p. 159.

con las consecuencias de “no hacer nada para prevenir el daño”.⁵⁰ Si la comparación demuestra que la prohibición penal provoca un daño sustancialmente mayor al que evitaría, entonces la penalización de la conducta resulta injustificada.⁵¹ Imagínese, hipotéticamente, un delito que previera la aplicación de una pena a los estudiantes que llevan a cabo comportamientos irrespetuosos hacia los profesores.⁵² Es probable que, con la sanción de dicha norma, se logre evitar que muchos docentes sufran de estrés laboral. Con todo, incluso cuando no hubiera otro medio más eficiente para prevenir tales consecuencias, según esta concepción del PD, sería injustificado recurrir a la legislación penal, pues los daños que se evitarían son insignificantes comparados con las consecuencias que acarrea la criminalización.

Mientras la interpretación del PD como una exigencia relativa al acto a prohibir (*c*) se fundamenta en una perspectiva liberal antiperfeccionista, la concepción que lo entiende como un principio acerca de las consecuencias de la criminalización (*d*) se apoya en consideraciones puramente consecuencialistas. Lo que importa, según *d*, no es garantizar un ámbito de libertad individual exento de toda injerencia estatal, sino, por el contrario, determinar cuál es el medio económicamente más eficiente para prevenir daños. Por tal razón, de acuerdo con esta idea, cualquier comportamiento puede ser criminalizado, siempre que, con ello, se eviten más daños de los que se ocasionan y, a su vez, no existan otros medios de prevención más eficientes. En última instancia, la justificación del PD reside en un cálculo de utilidad.

2.3. Límite a la criminalización o razón en favor de la criminalización

En otro sentido, el requisito de la prevención de daños o del carácter dañino de la conducta a prohibir, según la concepción que se adopte, admite dos interpretaciones diferentes:

- e) *q* = elimina una razón en contra de la criminalización
- f) *q* = proporciona una razón en favor de la criminalización

Conforme a *e*, la exigencia consistente en que la prohibición penal sirva para prevenir daños no expresa una razón para criminalizar una conducta, sino que, simplemente, elimina una razón en contra de recurrir a dicha medida.⁵³ El PD funciona, de acuerdo con este enfoque, como un mero *límite* a la criminalización: si la acción no daña a otros, ni crea un riesgo de daño para sus intereses, el Estado tiene prohibido tipificar como delito tal comportamiento; empero, cuando la acción *sí* daña a otros, o involucra al menos la creación de un riesgo de daño, ello no cuenta como un razón *a* favor de la criminalización.⁵⁴ De este modo, si se acepta *e*, el fundamento de la legislación penal reside en una finalidad completamente ajena al PD: el hecho de que la criminalización de una conducta sirva para prevenir daños no constituye un argumento que pueda apoyar su prohibición penal. Probablemente, la concepción liberal del PD sostenida por Mill pueda interpretarse de esta forma, esto es, como un requisito que elimina una razón en contra de prohibir acciones inocuas.⁵⁵

⁵⁰ EDWARDS (2014), p. 283.

⁵¹ FEINBERG (1984), p. 189.

⁵² El ejemplo ha sido extraído de FEINBERG (1984), p. 189.

⁵³ EDWARDS, (2014), p. 256.

⁵⁴ SIMESTER y VON HIRSH (2014), p. 35.

⁵⁵ EDWARDS (2014), p. 257.

Por el contrario, según *f*, el PD expresa una razón en favor de la criminalización, aunque no necesariamente de carácter concluyente. Para esta concepción, la finalidad de la legislación penal, o al menos una de ellas, consiste en prevenir daños a terceros. Por ello, el hecho de que la criminalización de un comportamiento sirva para evitar daños no es un mero límite, esto es, una exigencia neutral respecto a su justificación, sino que, por el contrario, confiere ya una razón para promover la prohibición penal de esa conducta. Paradigmáticamente, Joel Feinberg defiende esta perspectiva.⁵⁶

2.4 La prevención de daños como condición suficiente para la criminalización, o mera condición necesaria, o ninguna de ambas

Por último, la clase de exigencia que representa la prevención de daños para la permisibilidad de la coerción puede dar lugar a diferentes variantes del principio:

- g) *q* es condición suficiente para la permisibilidad de *p*
- h) *q* es condición necesaria más no suficiente para la permisibilidad de *p*
- i) *q* no es condición necesaria ni suficiente para la permisibilidad de *p*

Si el PD asumiera el contenido de *g*), sería por completo inviable, pues se convertiría en un principio puramente instrumental. Ello es así, porque permitiría criminalizar comportamientos que no involucren la realización de un ilícito merecedor de castigo: bastaría con demostrar que la prohibición penal es necesaria para prevenir daños, o que la acción a prohibir ocasiona un daño o riesgo de daños a intereses de otros, para justificar la criminalización de esa conducta. A modo de ejemplo, el PD podría autorizar el castigo de daños causados en legítima defensa, como la herida que una muchacha le provoca al sujeto que intenta violarla. Lo mismo ocurriría con respecto a las lesiones ocasionadas como consecuencia del riesgo ínsito a una práctica deportiva; empero, el boxeador que lesiona a su oponente mediante un golpe de puño actúa lícitamente, ya que, al decidir participar de la competencia, la “víctima” ha consentido la posibilidad de sufrir tales daños. A fin de cuentas, si *q* fuera una condición suficiente para la legitimidad de la criminalización, podrían castigarse comportamientos moralmente aceptables.⁵⁷

En cambio, de acuerdo con *h*, que la criminalización de una acción sirva para prevenir daños, o que la conducta prohibida sea en sí misma dañina o riesgosa para intereses de terceros, es una condición necesaria, pero no suficiente para legitimar la prohibición penal. Según esta idea, *q* opera como una restricción a la criminalización: solo está permitido penalizar una conducta si la prohibición cumple con las exigencias del PD. Con todo, a diferencia de *g*, la circunstancia de que la criminalización sea necesaria para prevenir daños no es suficiente por sí misma para justificar la tipificación penal de una acción; se deben satisfacer, además, requisitos adicionales. Entre otros, Simester y von Hirsch defienden esta interpretación del PD, al afirmar que, si bien es central para la legitimidad de la criminalización acreditar su eficacia como mecanismo de prevención de daños, solo pueden tipificarse como delito las conductas moralmente ilícitas.⁵⁸

⁵⁶ FEINBERG (1984), p. 26.

⁵⁷ GREEN (2013), p. 75.

⁵⁸ SIMESTER y VON HIRSCH (2014), p. 38. En este sentido, también es conocida la perspectiva de Hart, según la cual, el objetivo general que justifica la práctica del castigo consiste en la producción de ciertas consecuencias beneficiosas — por ejemplo, disuadir a potenciales delincuentes—, pero, en la instancia de atribución de

Por último, según *i*, el carácter dañino o peligroso de la conducta a prohibir, o la necesidad de la criminalización para prevenir daños, no constituye una condición necesaria ni suficiente para la legitimidad de la prohibición. Es decir, a diferencia de *g*, el hecho de que la criminalización de cierta acción cumpla con los requisitos del PD no obliga al Estado a tipificar como delito ese comportamiento; asimismo, en contraposición con *h*, si la prohibición no satisface tales exigencias, tampoco se impide al Estado criminalizar dicha acción. Expresado con palabras de Feinberg, el PD es solo una “buena razón” en favor de la legislación penal.⁵⁹ En líneas generales, con ello se afirma que, si el PD no permite justificar la prohibición penal de una conducta, se puede recurrir a otros principios para legitimar esa medida. Así, por ejemplo, según Feinberg, el hecho de que la criminalización de una acción sea necesaria para prevenir ofensas graves contra terceros —principio de ofensividad—, también constituye una “buena razón” en favor de ella.⁶⁰ En definitiva, la principal diferencia con la concepción *h* consiste, pues, en que el PD ya no opera aquí como una *restricción* a la criminalización.

En resumidas cuentas, como se ha explicado, el PD admite diversas interpretaciones. Por el momento, es suficiente con señalar que su alcance puede ser más amplio o más restringido de acuerdo con el significado atribuido a sus términos (*p*, *q*), como también según la clase de relación que se requiera entre el daño y la coerción (*e*, *f*, *g*, *h*, *i*). Seguidamente, se expondrán las principales críticas a las que este principio ha sido sometido.

3. Críticas al principio del daño

Algunos autores sostienen que debería abandonarse el PD como criterio de criminalización; de hecho, las objeciones formuladas en su contra son numerosas. En líneas generales, de acuerdo con Edwards, las críticas más importantes pueden clasificarse en cuatro: objeción de sub-inclusión, objeción de representar erróneamente las razones que fundamentan la criminalización, objeción de instrumentalización y objeción de sobre-inclusión.⁶¹

La crítica de sub-inclusión hace referencia a que el PD impide criminalizar acciones que, sin embargo, deberían ser sancionadas penalmente. Más específicamente, el argumento afirma que muchos comportamientos moralmente incorrectos son merecedores de castigo, a pesar de ser completamente inocuos.⁶² Podría pensarse en el ejemplo planteado por Gardner y Shute, en su famoso trabajo sobre la violación: un hombre accede carnalmente, utilizando preservativo, a una mujer que se encuentra en un estado de completa inconsciencia. Posteriormente, el violador se retira del lugar y es atropellado por un automovilista, lo que ocasiona su muerte instantánea. La víctima despierta sin darse cuenta en absoluto de lo sucedido, de modo tal que su vida continúa

responsabilidad penal a un individuo en particular, esta meta solo puede alcanzarse si el castigo se impone a un delincuente *por* la comisión de un delito; o, lo que es igual, mientras que la justificación general de la institución de la pena reside en razones consecuencialistas, en su aplicación a casos particulares, la retribución funciona como una *restricción* a las necesidades de prevención. Al respecto, véase HART (2009), pp. 8 y ss.

⁵⁹ FEINBERG (1984), p. 11.

⁶⁰ FEINBERG (1984), p. 48.

⁶¹ EDWARDS (2014), p. 271.

⁶² RIPSTEIN (2006), p. 218.

exactamente igual que antes de la violación.⁶³ En resumen, se trataría de un acto de violación completamente inocuo —*harmless wrongdoing*—. Para algunos críticos, en casos como este, el PD no permite justificar la intervención del Derecho Penal. Y, si ello fuera así, existirían razones de peso para abandonar este criterio de criminalización.

Por otra parte, algunos autores sostienen que el PD fracasa en comprender las razones por las cuales ciertos hechos ilícitos deben ser criminalizados.⁶⁴ Según Ripstein, este principio no logra explicar el particular estatus que se atribuye al daño, es decir, por qué sería especialmente relevante para el Derecho Penal que alguien cause un daño a otro.⁶⁵ En este sentido, la objeción señala que el principio se enfoca, erróneamente, en cómo las acciones de un individuo pueden afectar a los demás, cuando, en realidad, debería prestar atención a lo que las personas hacen a otros.⁶⁶ Asimismo, de acuerdo con Ripstein, tampoco puede explicar las numerosas situaciones en las que el daño es completamente irrelevante, como el que alguien se ocasiona a sí mismo o el que resulta de la libre competencia en el mercado.⁶⁷ En estos casos, es necesario recurrir a un conjunto de principios suplementarios para determinar por qué la producción de tales daños carece de relevancia moral.⁶⁸

En tercer lugar, el PD también ha sido cuestionado por permitir la instrumentalización de las personas, esto es, por tratar al individuo como un mero medio para alcanzar fines externos a él mismo, lo cual sería moralmente inadmisibile.⁶⁹ Ciertamente, si lo determinante para justificar la criminalización es la prevención de daños, en la medida en que la tipificación de cierta conducta como un delito sea útil para cumplir con esa finalidad, la culpabilidad del individuo pasaría a ocupar un lugar marginal. Dicho con otras palabras: si el PD es tomado seriamente, podrían castigarse a personas inocentes para satisfacer los objetivos de prevención. Así, por ejemplo, si la criminalización de la acción de “no saludar al vecino” fuera estrictamente necesaria para prevenir daños graves, el PD justificaría castigar a personas que no han realizado ningún comportamiento materialmente ilícito y que, por tanto, son inocentes, para alcanzar ciertas consecuencias sociales útiles. En última instancia, el individuo sometido al castigo penal no es considerado, verdaderamente, como un agente moral digno de respeto; por el contrario, él es solo un instrumento para prevenir daños.

Por último, según la crítica de sobre-inclusión, el PD constituye un límite muy débil a la criminalización, puesto que permite que prácticamente cualquier comportamiento sea tipificado como delito. Esta objeción, en principio, se fundamenta en diferentes argumentos. En primer lugar, ciertos estudios empíricos sugieren que el concepto de daño funciona con cierta “plasticidad”; ello hace referencia, básicamente, al hecho de que cuando una conducta contraviene normas morales importantes de la sociedad, aunque sea completamente inocua, todos tienden a encontrar un “daño” para justificar su criminalización. Expresado con otras

⁶³ GARDNER y SHUTE (2012), p. 27. En la misma línea de análisis, Ripstein plantea un caso de violación de domicilio inocuo, para intentar demostrar, a diferencia de Gardner y Shute, que el PD *no* puede legitimar su criminalización. RIPSTEIN (2006), p. 218

⁶⁴ DUFF (2007), p. 135.

⁶⁵ RIPSTEIN (2006), p. 217.

⁶⁶ RIPSTEIN (2006), p. 218.

⁶⁷ RIPSTEIN (2006), p. 217.

⁶⁸ RIPSTEIN (2006), p. 217. La misma objeción ha sido formulada también por HARCOURT (1999), p. 115.

⁶⁹ EDWARDS (2014), p. 278.

palabras: es la intuición sobre la inmoralidad del comportamiento lo que, en última instancia, determina la percepción acerca de la existencia o inexistencia de daño.⁷⁰ Por consiguiente, si estas consideraciones son ciertas, continúa el argumento, el PD nunca podría funcionar como un parámetro que limite eficazmente la criminalización.

En segundo lugar, también se sostiene que casi todas las acciones son capaces de producir, al menos a largo plazo, consecuencias perjudiciales para otros. Por ello, siempre que se reconozca un mínimo de eficacia al derecho, es probable que la criminalización de cualquier comportamiento sirva para prevenir daños.⁷¹ Así, por ejemplo, si el legislador decidiera penalizar la acción de montar en bicicleta, podrían prevenirse muchos accidentes fatales; de la misma forma, la prohibición penal del consumo de cierto tipo de comida rápida, seguramente, contribuiría a reducir la cantidad de víctimas de enfermedades cardiovasculares. Sin embargo, si el PD no excluyera esta clase de conductas del ámbito del derecho penal, su valor como criterio de criminalización sería nulo.

En tercer lugar, ciertas consideraciones históricas y políticas refuerzan la crítica de sobre-inclusión. Precisamente, como ha demostrado Bernard Harcourt, el contexto de la discusión sobre los fundamentos y el alcance de la criminalización ha cambiado radicalmente. Durante las décadas de 1960 y 1970, el PD era defendido principalmente por pensadores “liberales”, como H. L. A. Hart y Joel Feinberg, puesto que proporcionaba un argumento sólido para excluir la criminalización de conductas como la homosexualidad o el consumo de pornografía.⁷² En ese contexto, la oposición al PD provenía de autores “conservadores”, como Lord Devlin, quienes sostenían una perspectiva moralista-legal, es decir, la opinión de que tales comportamientos debían ser criminalizados por el solo hecho de contradecir las normas morales vigentes de la sociedad.⁷³ Sin embargo, desde la década de 1980, tal estándar ha dejado de constituir patrimonio exclusivo del discurso liberal, orientado a limitar la criminalización, y, por el contrario, se ha convertido en parte de una agenda “conservadora”, que lo invoca como principal argumento para ampliar el ámbito de comportamientos punibles. Así, por ejemplo, iniciativas para criminalizar la prostitución, el consumo de drogas o la pornografía tienden a explicar cómo estas prácticas pueden ocasionar daños o, a largo plazo, favorecer la comisión de delitos más graves.⁷⁴ En conclusión, según Harcourt, el PD permite fundamentar posiciones absolutamente contrapuestas y, por tanto, ello demuestra que ha “colapsado” como criterio de criminalización.⁷⁵

4. Toma de postura

Para responder adecuadamente a las objeciones planteadas, de acuerdo con la opinión defendida aquí, el PD, representado mediante la fórmula p está permitido si q , debe entenderse de la siguiente forma:

⁷⁰ Veáse MEHTA SOOD y DARLEY (2013), pp. 1325 y ss. Los autores demuestran empíricamente, mediante diferentes experimentos, cómo las personas cambian, en general de modo inconsciente, su opinión acerca del carácter lesivo de una acción para justificar su criminalización.

⁷¹ SAUNDERS (2016), p. 1007; EDWARDS (2014), p. 281.

⁷² HARCOURT (1999), p. 115.

⁷³ HARCOURT (1999), p. 119.

⁷⁴ HARCOURT (1999), p. 116; CHIESA (2008), p. 22.

⁷⁵ HARCOURT (1999), p. 182.

- b) p = criminalización
- d) q = la no criminalización de la conducta produciría un daño a terceros
- f) q = proporciona una razón en favor de la criminalización
- h) q es condición necesaria más no suficiente para la permisibilidad de p

Concretamente, esta interpretación afirma que es una razón —necesaria pero no concluyente— en favor de la criminalización de una conducta, que sirva para prevenir daños mayores a los que la propia medida de criminalización ocasiona, siempre que no existan medios de prevención más eficientes. En lo que sigue, se explican tanto los fundamentos de esta concepción del PD, como el modo en que ella podría dar respuesta a las críticas de sobre-inclusión, sub-inclusión, representación errónea de las razones para criminalizar e instrumentalización.

4.1. El PD como principio del derecho penal

En primer lugar, a diferencia de la concepción defendida por Mill, el alcance del PD debe limitarse al ámbito del derecho penal (*b*). La razón que explica esta restricción reside en el mayor potencial destructivo de la pena en comparación con el resto de las medidas de coerción estatal.⁷⁶ En líneas generales, el castigo puede definirse como la imposición deliberada de sufrimiento —*hard treatment*— y estigmatización sobre el delincuente; ello implica que, además de las consecuencias perjudiciales que ocasiona en los intereses del infractor, la pena tiene una dimensión expresiva o de censura.⁷⁷ Mediante la aplicación del castigo, la sociedad expresa un mensaje de reprobación sobre la conducta del agente; es decir, manifiesta que el sujeto ha realizado un acto reprochable y, de este modo, lo designa públicamente como un criminal.⁷⁸ Este efecto estigmatizador hace de la pena un mecanismo de control capaz de dañar profundamente las expectativas de vida de las personas que la sufren; en comparación con otra clase de sanciones, sus consecuencias son extremadamente severas, pues, además el daño directo que provoca en la vida de los delincuentes —verbigracia: la privación de la libertad o el menoscabo patrimonial—, por su función de reprobación social, trae aparejado otros perjuicios, como el deterioro de las expectativas laborales del condenado o la afectación de su relación con los demás miembros de la sociedad.

Con todo, los efectos de la pena alcanzan también a personas que no son culpables de cometer delitos; paradigmáticamente, es frecuente que los familiares del condenado sufran graves daños económicos y afectivos debido a la imposición del castigo. Por otro lado, todo sistema de administración de justicia penal, necesariamente, condena a personas inocentes. Tanto por el carácter sobre-inclusivo de las reglas, como por errores epistémicos en la averiguación de los hechos, o por las consecuencias mismas de establecer un determinado estándar de prueba para condenar, es inevitable que se declare culpables a individuos que no merecen el castigo.⁷⁹ Desde

⁷⁶ FEINBERG (1984), p. 4.

⁷⁷ HUSAK (2013), pp. 159 y ss.

⁷⁸ Al respecto, véase FEINBERG (1965), pp. 400 y ss.

⁷⁹ EDWARDS (2014), pp. 261 y ss. Como sostiene Laudan, no es posible alcanzar un estado de certeza absoluta sobre la existencia de acontecimientos pasados, como los hechos que son objeto de prueba en un juicio penal. Aun cuando la evaluación de la responsabilidad del acusado se rija por un estándar de “más allá de toda duda razonable”, siempre hay lugar para alguna clase de duda que no invalida la condena, como, por ejemplo, si un testigo que declara de modo convincente, en realidad miente, o si la policía colocó la evidencia en el lugar del crimen para perjudicar al imputado. Si estas dudas irrazonables tuvieran la capacidad de impedir la declaración de responsabilidad del acusado, sería completamente imposible condenar a alguien. Sin embargo, a pesar de ser irrazonables, al final,

otro punto de vista, también deben tenerse en cuenta los costos económicos que demanda la implementación del sistema de justicia penal; el sostenimiento de instituciones como la policía, el poder judicial o el servicio penitenciario requiere de importantes recursos, los cuales se obtienen, principalmente, del cobro de impuestos a los ciudadanos.

En definitiva, es debido a estas cualidades especiales que la institución de la pena requiere una justificación más estricta que otras prácticas estatales.⁸⁰ En este aspecto, el PD debe entenderse como un estándar que solo rige en el ámbito del Derecho Penal; como consecuencia de ello, es legítimo que el Estado recurra a medios de coerción menos severos que la criminalización, aun cuando no cumpla con las exigencias del PD, si su imposición se funda en otras razones atendibles. Así, por ejemplo, podría justificarse la aplicación de medidas de reparación civil o sanciones de carácter administrativo si su aplicación tiene por finalidad prevenir conductas meramente ofensivas, que no causan daño alguno.

4.2. El PD como principio centrado en las consecuencias de la criminalización

De acuerdo con la interpretación propuesta, el PD constituye una exigencia referida a las consecuencias de la criminalización (*d*). De acuerdo con esto, la justificación de la prohibición penal de una conducta requiere, en primer lugar, que tal medida sirva para prevenir daños. Precisamente, esta concepción permite contrarrestar la crítica de sub-inclusión, ya que, en principio, cualquier conducta puede ser criminalizada si con ello se alcanzan efectos preventivos, aun cuando el comportamiento en cuestión no ocasione un daño o un riesgo de daño para intereses de terceros.⁸¹ Por ello, si bien, en teoría, podrían existir actos de lavado de dinero, discriminación o violación inocuos, tales ilícitos no estarían excluidos, al menos necesariamente, del alcance del PD.

Ahora bien, en la medida en que el PD refiere a las consecuencias de la criminalización, y no al carácter lesivo de la conducta prohibida, es perfectamente posible que la prohibición penal de ciertos comportamientos dañinos no supere el test del PD. Repárese, por citar un caso, en si la

podría ser cierto que el testigo mintió o que la policía incriminó falsamente al imputado. Por ello, desde el momento en que un sistema legal autoriza a los jueces a condenar, también permite, en *mayor o menor* medida, la condena de personas inocentes. Al respecto, véase LAUDAN (2006), pp. 65 y ss.

⁸⁰ BERMAN (2008), p. 266.

⁸¹ GARDNER y SHUTE (2012), p. 51. Podría cuestionarse a esta perspectiva que, conceptualmente, es imposible que la criminalización de un ilícito inocuo sirva para prevenir daños. En efecto, si la prohibición penal de un hecho *x* contribuye a evitar a daños, ello presupondría que, en cierta medida, *x* es una conducta perjudicial o, por lo menos, un comportamiento riesgoso en abstracto. De otro modo, no se advertiría cómo la criminalización de una conducta completamente inocua es capaz de prevenir que ocurran daños. Sin embargo, ello no es así. Precisamente, podría ser verdadero que la criminalización de la acción de comprar estupefacientes para consumo personal da lugar a una disminución de otros delitos relacionados con la actuación de narcotraficantes, como homicidios contra miembros de otras bandas criminales, u ofrecimientos de sobornos a funcionarios policiales. Empero, ya desde la perspectiva del uso del lenguaje, no sería correcto afirmar que, cuando un sujeto compra estupefacientes para su propio consumo, causa el “riesgo” de que muera algún delincuente, o crea un “peligro” de corrupción de las fuerzas policiales, como sí tiene sentido expresar, por ejemplo, que la conducta de conducir en estado de ebriedad es, en general, “riesgosa” para la seguridad de las personas, aunque en el caso concreto ningún sujeto haya corrido peligro. Y ello se debe al hecho de que *x* puede favorecer o promover acciones peligrosas o dañinas, sin tener, en sí misma, las propiedades de una acción peligrosa o dañina. Por tal razón, resulta perfectamente posible que la criminalización de una acción *x* sirva prevenir daños y que, a su vez, dicha acción no sea ni siquiera riesgosa en abstracto.

violencia de género debiera ser un delito. Sin dudas, el hombre que ejerce violencia física contra la mujer realiza un ilícito especialmente grave y, por tanto, *merece* la imposición del castigo. Imagínese, ahora, que estudios empíricos demostraran un alto grado de ineficacia de la sanción penal para disuadir estos hechos de violencia, porque, por ejemplo, en una sociedad en la cual la mayoría de las mujeres dependen económicamente de los hombres, resultara que muchas víctimas son renuentes a denunciar al golpeador si él enfrenta una pena de prisión y, consecuentemente, la pérdida de su trabajo.⁸² De modo tal que, como consecuencia de la criminalización de la violencia de género, ocurren más hechos de violencia contra las mujeres de los que ocurrirían si esa conducta no fuera un delito. En ese contexto, aun cuando la violencia de género constituya un comportamiento lesivo y merecedor de reproche penal, el PD se opondría a definir como delito tal conducta.

Podría pensarse, asimismo, en un escenario aparentemente más problemático para esta concepción del PD: supóngase que la legislación de la sociedad x, en un momento T1, no prevé ninguna agravante para el femicidio, por lo que el homicidio contra mujeres cometido por razones de género se castiga con la misma pena que cualquier otro homicidio. En un momento T2, los legisladores de la sociedad x deciden agravar la pena del femicidio, pues consideran que, en tales casos, además de la vida de la víctima, se afectan otros intereses merecedores de protección. Más específicamente, los legisladores entienden que, cuando un hombre mata a una mujer por razones de género, las demás mujeres de la sociedad x ven amenazado el interés en conducir su vida libremente y relacionarse en un pie de igualdad con los hombres. Sin embargo, como consecuencia de la nueva legislación, los hombres de la sociedad x se enfadan y toman actitudes reaccionarias contra las mujeres, cometiendo aún mayor cantidad de femicidios que en T1.⁸³ Nuevamente, en ese contexto, aun cuando el delito de femicidio sea un comportamiento más grave que el homicidio y merezca un mayor reproche penal, el PD se opondría a la aprobación de dicha agravante.

En definitiva: ¿Plantean estos casos un problema de sub-inclusión para esta concepción del PD? ¿No es problemático que una acción que causa más daño que otra reciba menos castigo o, incluso, no sea criminalizada, por el hecho de que la sociedad en su conjunto sufra más daño que el que se evita con la criminalización? Una vez que se toman en cuenta seriamente las consecuencias que acarrea la prohibición penal de una conducta, la respuesta que ofrece esta perspectiva resulta adecuada. Concretamente, es irracional destinar los recursos escasos de la sociedad para deliberadamente ocasionar sufrimiento a los culpables, e inevitablemente también a personas inocentes, si ello no sirve para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. De modo tal que, si definir una acción como delito, o aumentar la pena a un delito ya existente, por las razones que fuera, ocasiona mayores daños de los que evita, es preferible destinar los recursos de la sociedad a servicios que verdaderamente puedan contribuir al bienestar de las personas; en las situaciones planteadas, por ejemplo, para financiar programas educativos contra la violencia de género si esa medida efectivamente sirviera para modificar las actitudes misóginas de los hombres. En cambio, estos casos solo representan un problema si se asume previamente que son las razones de merecimiento las que confieren sentido a la práctica de la criminalización; es decir, si se considera que, por el carácter lesivo de una conducta, o por su mayor lesividad en

⁸² El ejemplo ha sido extraído de HUSAK (2004), p. 223.

⁸³ Agradezco a un árbitro anónimo por el planteo de este caso.

comparación con otros comportamientos, debe ser definida como delito, o establecerse una agravante, pues de ese modo se daría su merecido a los culpables.

Por otro lado, como se explicó previamente, para justificar el empleo de sanciones penales es necesario que exista proporcionalidad entre el daño causado y el daño prevenido por la criminalización, y, además, se requiere demostrar la ausencia de mecanismos preventivos más eficientes. Precisamente, este requisito de *ultima ratio* del derecho penal es lo que confiere al PD su mayor potencial para restringir la criminalización. Esto es así, porque si bien, como demuestran diferentes estudios, la pena produce efectos disuasivos, también constituye una herramienta muy costosa para los miembros de la sociedad.⁸⁴ De forma tal que, a diferencia de lo que sostienen los críticos del PD, no resulta para nada sencillo demostrar que la criminalización es siempre el mecanismo de prevención más eficiente para prevenir daños.⁸⁵

A modo de ejemplo, las posturas que intentan justificar el castigo del cliente de la prostitución voluntaria como modo de combatir la trata de personas deben superar, en primer lugar, el arduo obstáculo de probar que los efectos preventivos de la criminalización superan los perjuicios que esta medida provoca en las mujeres que ejercen libremente la prostitución; empero, además, deben demostrar que la penalización de dicha práctica es más eficiente que una política, siempre menos costosa, de permitir un mercado controlado de la prostitución.⁸⁶ Las mismas dificultades enfrentan las posturas que promueven la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un modo de combatir el narcotráfico, ya que, además de lo costoso que resulta esta estrategia de política criminal, existe evidencia empírica importante que demuestra su alto grado de ineficacia.⁸⁷ De hecho, incluso no es claro, por ejemplo, que una conducta como el cohecho activo, que es delito en cualquier país moderno, pueda superar, al menos en todos los casos, el test de eficiencia que exige esta interpretación del PD; precisamente, según varios autores, para disuadir a los funcionarios de aceptar sobornos y evitar los daños que dicha práctica

⁸⁴ Sobre los efectos disuasivos de la pena, véase ANDENAES (2002), pp. 507-514; NAGIN (1998), pp. 1-42.

⁸⁵ De acuerdo con Husak, la comparación debería incluir, además, una tercera alternativa, que tenga en cuenta los costos y beneficios de aplicar *conjuntamente* sanciones penales y no penales. Así, por ejemplo, podría ocurrir que la imposición de consecuencias administrativas y penales para la comisión de cierta conducta dé lugar a un saldo más favorable en comparación con la sola criminalización, por un lado, y con la mera aplicación de sanciones administrativas, por el otro. Según el autor, al final, ello le resta al principio de *ultima ratio* capacidad para limitar la criminalización, porque la utilización conjunta de estrategias penales y no penales será prácticamente siempre la alternativa más efectiva. Sin embargo, el argumento de Husak debe ser rechazado, pues, justamente, solo toma en consideración el grado de prevención que se consigue con el empleo de ambos mecanismos, pero no la *eficiencia* de dicha estrategia. Ciertamente, es probable que la aplicación conjunta de sanciones penales y administrativas aumente el nivel de disuasión en comparación con el empleo de tales medidas por separado; empero, también incrementará sustancialmente los costos totales del sistema de prevención (por ejemplo.: daños provocados por las sanciones, recursos necesarios para implementar el régimen de responsabilidad, etc.). Y, de hecho, en muchos casos, puede ocurrir que la modalidad de imposición conjunta de consecuencias penales y administrativas incremente la disuasión en *menor* medida que el aumento de los costos que trae aparejado esa estrategia preventiva. Al respecto, véase HUSAK (2004), p. 227.

⁸⁶ Sobre estos problemas, véase LLOBET ANGLÍ (2018), pp. 130 y ss.

⁸⁷ En el fallo Arriola de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se presentan diferentes estudios, los cuales demuestran que, luego de dieciocho de criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en el país, se incrementó la comercialización, producción y consumo de drogas. CSJN, Causa n° 9080, 5 de agosto de 2009.

ocasiona a los intereses de los ciudadanos, sería más conveniente, desde el principio, despenalizar la conducta del sobornador.⁸⁸

Para legitimar la criminalización, entonces, esta concepción del PD exige la realización de un examen empírico riguroso, que tome en consideración las diferentes variables que intervienen en el funcionamiento de la administración de justicia penal y de los demás mecanismos institucionales de control. Por ello, en la medida en que este análisis de eficiencia sea llevado a cabo seriamente, y no se reduzca a meras especulaciones infundadas, el PD constituye un criterio eficaz para limitar la criminalización, lo cual debilita sensiblemente la crítica de sobre-inclusión.

4.3. El PD como razón en favor de la criminalización

Podría imaginarse al legislador como un operario, sentado frente a un tablero de control que contiene varios interruptores, cada uno de los cuales activa un mecanismo de regulación estatal. El PD es un botón de color rojo situado al alcance de su mano: si lo presiona, criminaliza la conducta x —supóngase, la acción de conducir un automóvil en estado de ebriedad—; con ello, causa un daño total de magnitud 6, pero evita un daño de magnitud 15 (+9). En cambio, al oprimir el botón verde, define a x como un ilícito civil; tal medida ocasiona un daño 1 y evita un daño de nivel 5 (+4). Por otro lado, el botón azul tipifica a x como una infracción administrativa; al presionarlo, ocasiona un daño de magnitud 2 y evita un daño de nivel 8 (+6). Asimismo, si el operario oprime los tres interruptores al mismo tiempo, torna a x en un ilícito civil, administrativo y penal; dicha medida provoca un daño 9 y evita un daño de magnitud 16 (+7). Por último, si omite presionar cualquier botón, no causa ningún perjuicio, pero tampoco evita daño alguno; en tal situación, como consecuencia de x , se produce un daño de magnitud 30 (-30).

En este contexto: ¿Tiene el sujeto una razón para presionar el botón rojo, o sea, para criminalizar la conducta x ? De acuerdo con la perspectiva defendida aquí, se debe responder afirmativamente. En efecto, es el hecho de que la criminalización sea estrictamente necesaria para prevenir daños mayores a los que ocasiona, lo que hace de esta práctica, dañina y costosa para la sociedad, una institución justificable. Dicho con otras palabras: si el único modo para evitar que las condiciones de vida de los miembros de la sociedad empeoren sustancialmente es definir cierta conducta como un delito, ello cuenta como una razón para recurrir a la criminalización. Por consiguiente, esta concepción del PD permite responder a la objeción de “representar erróneamente las razones que fundamentan la criminalización”; más específicamente, el PD ofrece una razón consecuencialista en favor de la criminalización.

Esta perspectiva contrasta con el enfoque que atribuye al legislador un deber de criminalizar ciertas conductas, independientemente de las consecuencias de la criminalización. En esta línea de análisis, Harel defiende la idea de que el Estado está obligado a criminalizar las violaciones a los derechos a la vida y a la libertad, como una forma de reconocer públicamente la ilicitud de tales comportamientos, y no en función de consideraciones instrumentales. Es decir, según este autor, solo por medio de la criminalización la comunidad puede identificar y catalogar determinada conducta como un hecho ilícito; de otro modo, en ausencia de dichas prohibiciones penales, los derechos a la vida y a la libertad de los ciudadanos quedarían “a merced” de la

⁸⁸ Aunque existen diferentes opiniones sobre el problema, al respecto, puede verse BASU (2011) pp. 0-13; DUFWENBERG y SPAGNOLO (2015), pp. 836-853.

decisión de otros, un estado en sí mismo opresivo, que atenta contra la libertad entendida como no-dominación.⁸⁹ En este sentido, una persona es vulnerable no porque se haya producido o sea probable que se produzca una violación a sus derechos, sino por el hecho de que tal violación no sea calificada por el potencial infractor, o reconocida públicamente por la comunidad, como un ilícito. Así, por ejemplo, Harel sostiene que, si se asume que el feto tiene un derecho a la vida, aun si fuera cierto que la tipificación penal del aborto da lugar a un incremento de la cantidad de abortos, igualmente el Estado debería criminalizar esa conducta; de otro modo, la vida de los fetos quedaría “a merced” de las mujeres embarazadas. En resumen, solo mediante la criminalización del aborto el legislador honra el “derecho” del feto a la vida, aun si, como consecuencia de ello, ocurren más atentados contra la vida —por ejemplo, más abortos.⁹⁰ Ahora bien, si se entiende, como parece hacerlo Harel, que el Estado está obligado a criminalizar ciertos comportamientos por el deber mismo de “honrar” los derechos de los ciudadanos, e independientemente de las consecuencias de la criminalización, se hace pasible de las objeciones que se formulan, normalmente, al retribucionismo. ¿Por qué debería el Estado utilizar una herramienta, en extremo costosa y dañina, para “honrar” los derechos de los ciudadanos si, de esta forma, empeora aún más sus condiciones de vida?⁹¹

Por supuesto, el potencial deterioro de la función expresiva del castigo sí es relevante para el cálculo consecuencialista de la criminalización, pues el análisis de eficiencia debe incluir también los efectos a largo plazo que pueden producirse sobre el poder de disuasión de la pena. Así, como señalan Robinson y Darley, si el legislador decide criminalizar comportamientos que, según las normas morales vigentes en la sociedad, no merecen reproche penal, u omite castigar lo que, según esas mismas normas, sí merece reproche penal, a largo plazo, es posible que la capacidad de estigmatización de la pena se deteriore y pierda credibilidad desde el punto de vista de la opinión de los ciudadanos. Es decir, la función de censura que desempeña el castigo podría perder eficacia y, con ello, se debilitaría, al menos parcialmente, la capacidad de las instituciones del sistema penal para prevenir daños.⁹² Por tal razón, el divorcio entre la moralidad positiva y el contenido del derecho penal también constituye un costo a evaluar en el cálculo de eficiencia. En este sentido, podría ser perfectamente posible que, aunque la criminalización del aborto provoque un aumento de la cantidad de abortos, si no se criminaliza dicha conducta, por los efectos que ello tendría en la capacidad de estigmatización de la pena, ocurrieran a largo plazo más daños que si el aborto fuera un delito. En tal escenario, sí habría razones en favor de la criminalización del aborto. Lo que se rechaza aquí, en cambio, es el argumento de que la mera función expresiva del castigo, entendida como la capacidad para transmitir reprobación o censura, sea una razón en favor de la criminalización, independientemente de las consecuencias que tal medida provoca.

En resumidas cuentas, el PD ofrece una razón en favor de la criminalización que se fundamenta en consideraciones consecuencialistas. La pena constituye una práctica costosa y nociva, esto es, un mal que provoca efectos perjudiciales en muchas personas y cuyo mantenimiento requiere de importantes recursos de los miembros de la sociedad. En virtud de ello, la razón para criminalizar cualquier comportamiento reside en el hecho de que los beneficios que puede traer aparejado

⁸⁹ HAREL (2015), pp. 11 y ss.

⁹⁰ HAREL (2015), p. 21.

⁹¹ Al respecto, véase HAREL (2015), pp. 1-22.

⁹² ROBINSON y DARLEY (1997), pp. 480 y ss.

dicha medida superen los costos de su implementación, y, además, que no exista un modo más eficiente de alcanzar ese resultado.

4.4. La prevención de daños como condición necesaria, pero no suficiente para la criminalización

La necesidad de la criminalización para prevenir daños debe entenderse como una condición *sine qua non* para la legitimidad de la prohibición penal de cualquier conducta, de modo tal que, según este enfoque, ningún otro principio puede fundamentar esta medida.⁹³ De acuerdo con esto, el PD constituye una razón en favor de la criminalización, que, a su vez, funciona como una restricción: si penalizar determinado comportamiento no es estrictamente necesario para prevenir daños, entonces es ilegítimo definir dicha acción como un delito.⁹⁴

Ahora bien, el motivo por el cual se rechaza la posibilidad de que, si la criminalización no cumple con las exigencias del PD, otros principios puedan justificar la tipificación penal de una acción, radica en el fundamento consecuencialista que subyace a esta perspectiva. Repárese, por ejemplo, en el denominado “principio de ofensividad”. Según Feinberg, es siempre una buena razón en favor de la legislación penal que sea necesaria para prevenir ofensas graves contra terceros y que, probablemente, no haya otro medio más efectivo de prevención.⁹⁵ Sin embargo, puesto que las conductas meramente ofensivas no dan lugar a una afectación intensa y duradera de los intereses de las personas —por ejemplo, un daño—, sino que solo provocan una sensación o experiencia displacentera de carácter transitorio, la prevención de ofensas difícilmente sea suficiente para compensar las consecuencias (dañinas) del castigo.⁹⁶ De nuevo: como la pena daña severamente la vida de inocentes y culpables, y, además, es una práctica muy costosa para todos los miembros de la sociedad, la evitación de conductas meramente ofensivas no puede contrarrestar los males que acarrea su imposición.

Por otro lado, según el punto de vista que se defiende aquí, el hecho de que la prohibición penal de cierta conducta sea necesaria para prevenir daños es solo una condición necesaria, mas *no* suficiente para justificar la criminalización. Es preciso, a su vez, que el comportamiento al que se imputa la pena constituya, en sí mismo, un ilícito merecedor del reproche penal; es decir, una inmoralidad lo suficientemente grave como para legitimar el castigo frente al sujeto que lo sufre. Este enfoque, denominado “moralismo legal negativo”⁹⁷, sostiene que, aunque la ilicitud moral de la acción no confiere una razón en favor de su criminalización, representa, en cambio, un límite que se debe respetar para que dicha medida sea legítima.⁹⁸ En líneas generales, ello es una consecuencia de defender una concepción “negativa” de la retribución, o sea, la idea de que la retribución funciona como una restricción a las razones consecuencialistas que fundamentan el

⁹³ En este sentido, SIMESTER y VON HIRSCH (2014), pp. 117 y ss.

⁹⁴ EDWARDS (2014), p. 257.

⁹⁵ Sobre el principio de ofensividad, véase FEINBERG (1985), pp. 1-328.

⁹⁶ SIMESTER y VON HIRSCH (2014), p. 118.

⁹⁷ El concepto de moralismo legal al que se hace referencia no debe confundirse con la conocida perspectiva de Lord Devlin, según la cual, se deben criminalizar las acciones que, de acuerdo con las normas y valores *vigentes* en la sociedad, son inmorales, puesto que ello contribuiría a lograr alguna forma de cohesión social. Por el contrario, aquí se hace referencia a la moral “crítica”, no a la moral “positiva”. Al respecto, véase HART (1963), pp. 18 y ss.

⁹⁸ DUFF (2014), p. 218.

castigo, sobre la base de que la culpabilidad —o el merecimiento— no otorga una razón en favor de la pena, pero la inocencia *sí* provee una razón concluyente en su contra.⁹⁹

En este sentido, un individuo solo merece ser castigado si, entre otras cosas, lleva a cabo una conducta que involucra la realización de un ilícito grave. Por ello, aunque la razón para criminalizar sea la necesidad de prevenir daños, únicamente pueden definirse como delito los comportamientos que, por su carácter inmoral, hagan a sus autores merecedores de sufrir una pena.¹⁰⁰ Piénsese, nuevamente, en la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Si bien podría ser cierto, hipotéticamente, que la criminalización de tal conducta resulta estrictamente necesaria para evitar otros delitos graves, debe demostrarse, además, que la acción de consumir estupefacientes, en sí misma, es una inmoralidad seria, y, por tanto, que puede castigarse al sujeto que realiza esa acción por lo que él mismo hace.

Esta perspectiva, que reconoce a la ilicitud moral de la acción como un límite a la criminalización, permite al PD superar la objeción de instrumentalización. En la medida en que solo es legítimo tipificar como delito un comportamiento si constituye un hecho ilícito, no se pueden castigar a personas inocentes —por ejemplo, que no han realizado acciones merecedoras de castigo— para satisfacer necesidades de prevención. De esta forma, las restricciones fundadas en el merecimiento impiden al PD convertirse en un principio que tome al individuo como un mero objeto para prevenir daños, sin tener en cuenta su culpabilidad.¹⁰¹

De todos modos, el recurso a razones deontologistas —moralismo legal— para limitar las razones consecuencialistas que fundamentan la criminalización —prevención de daños— requiere algún tipo de explicación. ¿Si la finalidad de prohibir comportamientos mediante el derecho penal es

⁹⁹ DUFF (2014), p. 218.

¹⁰⁰ Spena argumenta que la concepción del PD, como la sostenida por Gardner y Shute, la cual requiere, por un lado, que la conducta a criminalizar sea un ilícito moral y, por el otro, que la prohibición penal sea necesaria para prevenir daños, constituye un límite muy débil a la criminalización, porque prácticamente cualquier acción inmoral podría definirse como delito. Según el autor, no es claro, por ejemplo, que esta interpretación del PD excluya la criminalización de la acción de “interrumpir abruptamente la conversación con alguien”, pues, además de que tal conducta es moralmente incorrecta, podría ser cierto, hipotéticamente, que, en caso de no ser criminalizada, si esta práctica se expandiera ampliamente en la sociedad, tendrían lugar consecuencias lesivas para terceros. En definitiva, la prohibición penal de la acción de “interrumpir intempestivamente una conversación” podría cumplir, según Spena, ambos requisitos —ilicitud y necesidad de la criminalización para prevenir daños— y, por consiguiente, según esta concepción del PD, ser criminalizada legítimamente. Lo mismo ocurriría con muchas otras conductas inmorales, como mentir o cometer adulterio, que nadie estaría dispuesto seriamente a castigar. No obstante, esta crítica interpreta erróneamente el requisito de ilicitud. En efecto, no basta que la criminalización de *cualquier* conducta ilícita sea necesaria para prevenir daños, sino que debe tratarse de una conducta ilícita que haga a su autor *merecedor* del castigo. Mentir, incumplir una promesa o faltar a una cita sin previo aviso son comportamientos inmorales, pero no son inmoralidades tan graves como matar, abusar sexualmente de otro o sobornar a un funcionario público. El grado de ilicitud de una acción, desde una perspectiva deontologista, depende de la importancia de los deberes morales que infringe el agente. Y no todos los deberes morales tiene un valor tan significativo como para que su violación haga al infractor *merecedor* del reproche penal. Sobre esta crítica, véase SPENA (2010), p. 513. Con respecto al concepto de ilicitud desde una perspectiva deontologista, puede verse HURD y MOORE (2004), pp. 1093 y ss.

¹⁰¹ Al cuestionar la interpretación del PD que defienden Gardner y Shute, Husak parece soslayar el hecho de que, conforme a este enfoque, para que la criminalización sea legítima, es preciso, además de la necesidad de prevenir daños, que el comportamiento que se pretende prohibir penalmente constituya, desde el punto de vista de la moral crítica, un hecho ilícito. Véase HUSAK (2009), p. 186.

prevenir daños, por qué dicho objetivo debe estar restringido por la ilicitud moral de la acción? ¿No es tal solución, acaso, una creación *ad hoc* para evitar las consecuencias contraintuitivas de esta concepción del PD?¹⁰² Aunque existen diferentes modos de responder a estas preguntas, en principio, puede decirse lo siguiente. Como señala Hart, la regulación de la mayoría de las instituciones sociales complejas es resultado del compromiso con principios diversos, cada uno de los cuales tiene por finalidad promover valores diferentes.¹⁰³ Así, aunque el propósito de la institución del mercado, o al menos uno de ellos, consiste en promover la libertad individual, al permitirle a las personas expresar sus deseos e intereses en las transacciones que voluntariamente deciden concertar, siempre existen límites a aquello que puede ser objeto de compra y venta, en función de otros valores que también son importantes para la sociedad. A modo de ejemplo, nadie podría defender razonablemente la facultad de comprar y vender votos, aun cuando esta medida ampliara la libertad de las personas de disponer de su voluntad política. Y ello se explica porque la participación igualitaria de los ciudadanos en el gobierno de la sociedad es un valor fundamental para la democracia, y, por tanto, debe evitarse que las personas con riquezas tengan más influencia en las decisiones políticas que los individuos con menos recursos.¹⁰⁴ De suerte que, tal como ocurre con el mercado o con la institución de la propiedad, no parece factible, ni es una expectativa razonable, que el contenido de todos los aspectos de la criminalización sea determinado por un único principio.¹⁰⁵

Ahora bien: ¿Cuál es la razón de que el límite a la prevención de daños resida precisamente en la inmoralidad de la conducta prohibida y no, en cambio, en algún otro principio? Fundamentalmente, ello se debe a las características peculiares del castigo como herramienta de regulación social, a lo que, conceptualmente, hace de la pena algo distintivo: la connotación de culpa. En efecto, a diferencia de otras medidas de coerción que puede utilizar el Estado, las sanciones penales, que conllevan estigmatización e imposición deliberada de sufrimiento al infractor, tienen una dimensión expresiva o de censura; esto es, transmiten, en nombre del conjunto de la sociedad, un mensaje con contenido moral: que el delincuente ha llevado a cabo un acto digno de reprobación. Por ello, cuando el legislador define cierto comportamiento como delito y amenaza a los ciudadanos con la aplicación de una pena si realizan esa conducta —criminalización—, no emplea cualquier clase de coerción, sino una especial, que además de la imposición de consecuencias desagradables, transmite un mensaje sobre el carácter censurable de ese comportamiento.¹⁰⁶ Esta expresión de reprobación moral, inherente a las sanciones penales, y que hace de la criminalización un mecanismo de coerción más poderoso que otras herramientas neutrales de regulación social —verbigracia, sanciones administrativas—, requiere que solo se prohíban penalmente conductas que, en términos estrictamente retributivos, constituyan un ilícito merecedor de reproche.¹⁰⁷ De lo contrario, castigar a una persona sin que haya hecho algo malo, solo para cumplir con cierta finalidad social útil, supone tratar a un inocente como si fuera culpable. Más específicamente, si el Estado estigmatiza públicamente a un ciudadano que no ha cometido un acto reprochable, que lo haga merecedor de la pena, y lo designa frente a todos como un criminal, desde un punto de vista moral, lo trata indignamente.¹⁰⁸

¹⁰² Sobre las objeciones a las teorías mixtas del castigo, puede verse DUFF (2001), pp. 11 y ss.

¹⁰³ HART (2008), p. 10.

¹⁰⁴ SATZ (2010), p. 102.

¹⁰⁵ La misma idea en GARDNER (2012), pp. 264 y ss.

¹⁰⁶ SIMESTER y VON HIRSCH (2014), p. 8.

¹⁰⁷ SIMESTER y VON HIRSCH (2014), p. 11.

¹⁰⁸ SIMESTER y VON HIRSCH (2014), p. 19.

Por este motivo, la criminalización de acciones que, de alguna manera, no involucren la realización de un ilícito moral resulta injustificada.

Conclusiones

En líneas generales, se ha defendido la perspectiva que interpreta al PD como una razón en favor de la criminalización, aunque no de carácter concluyente, fundada en consideraciones consecuencialistas. Entendido de este modo, y no como una razón en contra de prohibir penalmente acciones inocuas —por ejemplo, la concepción liberal antiperfeccionista—, el PD requiere demostrar que la criminalización, a pesar de ser una herramienta costosa y nociva, resulta estrictamente necesaria para prevenir daños; o sea, para evitar que la calidad de vida de los miembros de la sociedad empeore sustancialmente. Si bien esta es una idea simple y, probablemente, parezca bastante obvia¹⁰⁹, a su vez, confiere al PD un fundamento sólido y permite dar respuesta a las objeciones más importantes que se han formulado en su contra (sobre-inclusión, sub-inclusión, errónea representación de las razones para criminalizar e instrumentalización).

Además, este enfoque ayuda a distinguir con claridad dos problemas diferentes, que deben analizarse de modo independiente para justificar la criminalización de una conducta. En primer lugar, si el acto que se tipifica como delito constituye un ilícito especialmente grave, que haga al infractor merecedor del castigo; y, en segundo lugar, si es necesario prohibir penalmente dicha acción para prevenir daños. Piénsese, por ejemplo, en el debate acerca de si la posesión de material pornográfico debería ser un delito. Supóngase, hipotéticamente, que estudios empíricos demostraran una relación significativa entre el consumo de pornografía y el desarrollo de una personalidad sexualmente agresiva, con tendencia a la comisión de delitos sexuales. Si, por otra parte, medidas de protección menos severas (verbigracia, prohibición de difusión de pornografía en sitios virtuales u otros actos de censura) fueran ineficaces para disminuir el consumo de esa clase de material, el PD podría autorizar la criminalización, siempre que la prohibición penal sí resultara eficaz. Sin embargo, todavía habría que demostrar que el consumo de pornografía es un acto en sí mismo merecedor de castigo y, para ello, se requieren argumentos morales que demuestren la especial incorrección de ese comportamiento; sobre este problema, en cambio, el PD nada tiene para aportar.

Por otro lado, recuérdese el ejemplo ya planteado de la violencia de género. Aunque el hombre que ejerce violencia física contra la mujer lleva a cabo un acto en sí mismo lesivo contra un interés merecedor de protección penal, el PD se opondría a criminalizar ese comportamiento si, como consecuencia de la prohibición penal, aumentara la cantidad de víctimas de violencia de género. Del mismo modo, si, como sostienen organizaciones que promueven la despenalización del aborto, fuera cierto que la criminalización de dicha práctica es ineficaz y que, en definitiva, solo provoca que el aborto se realice de modo clandestino, con mayor riesgo para la vida de las mujeres que lo practican, entonces, su criminalización tampoco estaría justificada, aun cuando, conjuntamente, pudiera sostenerse que abortar es un ilícito merecedor de reproche penal.¹¹⁰ En última instancia, el PD exige formular un cálculo de costos y beneficios entre las distintas

¹⁰⁹ SMITH (2006), p. 40.

¹¹⁰ En ambos casos, la verdad de la información empírica se asume hipotéticamente, con el único fin de ilustrar las consecuencias de la concepción del PD que se defiende aquí.

RUSCA, Bruno: “En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño”

medidas de prevención, y demostrar que la criminalización constituye el mecanismo más eficiente, pero sin ninguna referencia al valor (o disvalor) moral del comportamiento en cuestión.

Bibliografía citada

- ANDENAES, Johannes (2002): “Deterrence”, en: DRESSLER, Joshua (Ed.), *Encyclopedia of crime and Justice*, 2º ed. (New York: Macmillan Reference), pp. 507-514.
- BASU, Kaushik (2011): “Why, for a Class of Bribes, the Act of Giving a Bribe should be Treated as Legal”, en: MPRA Paper No. 50335, pp. 0-13. Disponible en: <https://mpra.ub.unimuenchen.de/50335/> [visitado el 15/03/2019]
- BERMAN, Mitchell N. (2008): “Punishment and Justification”, en: *Ethics* (Vol. 118, Nº 2), pp. 258-290.
- CHIESA, Luis E. (2008): “Why Is It a Crime to Stomp on a Goldfish – Harm, Victimhood and the Structure of Anticruelty Offenses”, en: *Mississippi Law Journal* (Vol. 78, Nº 1), pp. 1-67.
- DUFF, Antony (2001): *Punishment, Communication, and Community* (New York, Oxford University Press).
- DUFF, Antony (2007): *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law* (Portland, Hart Publishing).
- DUFF, Antony (2014): “Towards a Modest Legal Moralism”, en: *Criminal Law and Philosophy* (Vol. 8, Nº 1), pp. 217-235.
- DUFWENBERG, Martin; SPAGNOLO, Giancarlo (2015): “Legalizing Bribe Giving”, en: *Economic Inquiry* (Vol. 53, Nº 2), pp. 836-853.
- EDWARDS, James (2014): “Harm principles”, en: *Legal Theory* (Vol. 20, Nº 4), pp. 253-285.
- FEINBERG, Joel (1984): *Harm to others: The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1 (New York, Oxford University Press).
- FEINBERG, Joel (1985): *Offense to others: The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 2 (New York, Oxford University Press).
- FEINBERG, Joel (1965): “The Expressive Function of Punishment”, en: *The Monist* (Vol 49, Nº 3), pp. 377-423.
- GARDNER, John; SHUTE, Stephen (2012): “La ilicitud de la violación”, en: GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (Trad. María Laura Manrique y José Milton Peralta, Madrid, Marcial Pons), pp. 23-52.
- GARDNER, John (2012), “Réplica a los críticos”, en: GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (Traducc. María Laura Manrique y José Milton Peralta, Madrid, Marcial Pons), pp. 259-302.
- GÓMEZ POMAR, Fernando; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2005): *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico* (Madrid, Thomson-Civitas).
- GRECO, Luis (2004): “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstracto – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, en: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Nº 49), pp. 88-147.
- GRECO, Luis (2012): “Existem criterios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, en: *Revista de concorrência e regulação* (ano II, Números 7/8), pp. 349-373.
- GREEN, Stuart P. (2013): *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Trad. José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons).
- HARCOURT, Bernard E. (1999): “The Collapse of the Harm Principle”, en: *The Journal of Criminal Law & Criminology* (Vol. 90, Nº 1), pp. 109-194.

- HAREL, Alon (2015): “The duty to criminalize”, en: *Law and Philosophy* (Vol. 34, N° 1), pp. 1-22.
- HART, Herbert L. A. (1963): *Law, liberty and Morality* (Oxford, Oxford University Press).
- HART, Herbert L. A. (2008): *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed. (New York, Oxford University Press).
- HÖRNLE, Tatjana (2006): “La protección de sentimientos en el STGB”, en HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Trad. María Martín Lorenzo, Madrid, Marcial Pons), pp. 375-390.
- HURD, Heidi; MOORE, Michael S. (2004): “Punishing Hatred and Prejudice”, en: *Stanford Law Review* (Vol. 56, N° 5), pp. 1081-1146.
- HUSAK, Douglas (2004): “The Criminal Law as Last Resort”, en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 24, N° 2), pp. 207-235.
- HUSAK, Douglas (2009): “Gardner on the Philosophy of Criminal Law”, en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 29, N° 1), pp. 169-187.
- HUSAK, Douglas (2013): *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal* (Trad. Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons).
- IOSA, Juan (2017): “Libertad negativa, autonomía personal y constitución”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 44, N° 2), pp. 495-518.
- LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology* (New York, Cambridge University Press).
- LLOBET ANGLÍ, Mariona (2018): “¿El fin de la prostitución acabará con la trata? Las cuatro falacias del discurso abolicionista”, en: *Revista de Derecho Penal, (Número extraordinario, Derecho Penal Internacional II)*, pp. 101-142.
- MILL, John Stuart (1970): *Sobre la libertad* (Trad. Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza editorial).
- NAGIN, Daniel S. (1998): *Criminal Deterrence Research at the Outset of Twenty-First Century*, en: *Crime and Justice* (Vol. 23), pp. 1-42.
- NINO, Carlos Santiago (1980): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires, Astrea).
- NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. (Buenos Aires, Astrea).
- NINO, Carlos Santiago (1998): *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires, Astrea).
- PERALTA, José Milton (2015): “La inconveniencia de criminalizar el chantaje”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Vol. 48), pp. 359-375.
- PERALTA, José Milton (2016): “La explotación. Una discusión filosófica sobre su ilicitud”, en: *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* (Vol. 16), pp. 481-497.
- PERŠAK, Nina (2007): *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts* (New York, Springer).
- RAZ, Joseph (1988): “Autonomy, toleration, and the harm principle”, en: MENDUS, Susan (Ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives* (New York, Cambridge University Press), pp. 155-175.
- RIPSTEIN, Arthur (2006): “Beyond the harm principle”, en: *Philosophy & Public Affairs*, 3 (34): 215-245.
- ROBINSON, Paul; DARLEY, John (1997): “The Utility of Desert”, en: *Northwestern University Law Review* (Vol. 91, N° 2), pp. 453-499.

- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas).
- SATZ, Debra (2010): *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, (New York, Oxford University Press).
- SAUNDERS, Ben (2016): “Reformulating Mill’s Harm Principle”, *Mind* (Vol. 125, Nº 500), pp.1005-1032.
- SEHER, Gerhard (2016): “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Trad. Rafael Alcácer Guirao, Madrid, Marcial Pons), pp. 65-87.
- SIMESTER, Andrew; VON HIRSCH, Andreas (2014): *Crimes, Harms, and Wrongs. On the principles of Criminalization* (Portland, Hart Publishing).
- SMITH, Steven D. (2006): “Is the Harm Principle Illiberal?”, en: *American Journal of Jurisprudence* (Vol. 51, Nº 1), pp. 1-42.
- SOOD, Avani Mehta; DARLEY, John (2013): “The plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals”, en: *California Law Review* (Vol. 100, Nº 5), pp. 1313-1358.
- SPENA, Alessandro (2010): “Harmless Rapes? A false problem for the Harm Principle”, en *diritto & questioni pubbliche* (Nº 10), pp. 497-524.
- STEWART, Hamish (2001): “Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg’s Moral Limits of the Criminal Law”, en: *Buffalo Criminal Law Review*, (Vol. 5, Nº 1), pp. 47-67.
- TADROS, Victor (2016): *Wrong and Crimes* (New York, Oxford University Press).
- THOMSON, Judith H. (2011): “More On The Metaphysics of Harm”, en: *Philosophy and Phenomenological Research* (Vol. 82, Nº 2), pp. 1-23.
- VON HIRSCH, Andrew (2006): “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, en HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Eds.) (2016): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Trad. Rafael Alcácer Guirao, Madrid, Marcial Pons), pp. 33-48.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2005): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. (Buenos Aires, Ediar).
- ZIFFER, Patricia (2005): *El delito de asociación ilícita*, 1ª ed. (Buenos Aires, Ad-Hoc).

Jurisprudencia

CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa nº 9080, RECURSO DE HECHO”, A. 891. XLIV., Sentencia 25 de agosto de 2009.