

EL PRINCIPIO DEL DAÑO. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN A PARTIR DE GARDNER/SHUTE

Maximiliano A. VARGAS*

Fecha de recepción: 13 de julio de 2018

Fecha de aprobación: 12 de noviembre de 2018

Resumen

En este trabajo abordaré un modo de interpretar el “principio del daño” que, según entiendo, se encontraría en las ideas de John Gardner y Stephen Shute. El objetivo será mostrar cuáles serían los alcances de dicha interpretación, sus consecuencias y las críticas que se le han formulado. Asimismo, el trabajo pretende mostrar las ventajas que tendría dicho principio por sobre el criterio del daño tradicional sostenido por John Stuart Mill y Joel Feinberg. Sin embargo, es importante destacar que esta tarea no implicará argumentar que Gardner y Shute hayan desarrollado una teoría particular del principio del daño. Si bien en esa tarea no se mostrará alguna conclusión acerca de si un principio así formulado debe ser preferible, entiendo que resulta relevante mostrar el estado de la discusión.

Palabras clave: Principio del daño - Daños secundarios - Actos inofensivos - Actos ofensivos - “Violación sin daño” - Prevención y evitación de actos dañinos - La prueba del daño

Title: Harm Principle. The feasible interpretation of Gardner/Shute

Abstract

The main subject of this essay is to show a way of interpretation of the Harm Principle that would be suggested by GARDNER/SHUTE. I intend to show its extent and its consequences, as well as to inform about the main objections to it. Furthermore, I will try to show the possible advantages of Gardner’s Harm Principle in relation to the traditional Harm Principle supported by John Stuart Mill and Joel Feinberg. Notwithstanding, I do not claim that GARDNER/SHUTE have developed their own theory of the Harm Principle. I contend that it is important to show the state of affair of

* Abogado, especialista en derecho penal económico, doctorando en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Docente de derecho penal – parte general, de la Facultad de Derecho, UNC. Correo electrónico: mavargas83@hotmail.com.

this principle. However, I will not give any conclusions as regards the suitability of Gardner's point of view¹.

Keywords: Harm Principle - Secondary harms - Harmless act - Harmful act - "Harmless rape" - Prevention of harmful acts - Harm test

Sumario

I. Introducción; II. Definición; III. Consecuencias; IV. La prueba del daño; V. El alcance del principio del daño; VI. Críticas a la interpretación del principio del daño; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El principio del daño es un criterio reconocido en el derecho penal moderno. El principio ha sido receptado tanto por la doctrina continental como por la angloamericana como un límite al poder punitivo estatal, esto es, como un estándar que establece en qué supuestos está justificado el uso de la coerción penal en contra de una persona. En su formulación más simple, el principio establece que el Estado está habilitado a sancionar criminalmente las conductas que lesionan a terceros, en sus bienes jurídicos o intereses legalmente protegidos. El Estado no está autorizado, en cambio, a prohibir o restringir aquellas conductas que solo dañan a su autor o que pueden ser calificadas como meramente inmorales.

El principio del daño ha sido entendido, tradicionalmente, como un criterio que debe autorizar la intervención estatal en aquellos casos en donde una conducta resulte dañina a los intereses de terceros.² FEINBERG sostiene que el principio del daño se satisface cuando existe: i. un acto de A que conlleva un menoscabo a los intereses de B; ii. el acto se realiza con dolo o imprudencia y de un modo injustificado o inexcusable; iii. el acto de A viola los derechos de B; y iv. B está, como consecuencia de ello, en una peor condición de lo que hubiera estado si el acto de A no se hubiese producido.³ Este último requisito ha llevado a los defensores del principio del daño a exigir que se demuestre, en cada caso concreto, que la conducta ocasiona el perjuicio que

¹ Agradezco a Lucía SOLAVAGIONE por su ayuda con la traducción del resumen al idioma inglés y a Daniela DOMENICONI por acercarme algunos textos que me han permitido realizar este trabajo.

² MILL, *On Liberty*, Nueva York, Dover Publications, 2002 (Londres, 1859). FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

³ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, p. 26.

se pretende evitar. Si, por el contrario, existe algún supuesto en el que la acción resulta inofensiva para los intereses de terceros, el Estado no estaría legitimado para criminalizar dicha acción. Tal manera de comprender el principio del daño ha llevado a señalar su insuficiencia para criminalizar determinadas conductas que —según sus propios defensores— deberían ser penalizadas. En razón de ello, RIPSTEIN, p. ej., ha propuesto su abandono y su remplazo por el principio de soberanía (*sovereign principle*), según el cual “... las únicas restricciones legítimas sobre una conducta son aquellas que aseguran la independencia mutua de las personas que son libres de otras”.⁴

Pareciera entonces que deberíamos abandonar la interpretación tradicional del principio del daño, ya que no podría justificar la criminalización de actos concretos inofensivos, pese a que consideraríamos que lo correcto sería penalizarlos. Entiendo que esta dificultad podría ser sorteada si se acoge un modo de interpretar el principio del daño que ha sido propuesto por GARDNER/SHUTE. Para estos autores, para satisfacer el principio del daño es suficiente constatar que sería dañino que una conducta no se encuentre prohibida por el Derecho. A diferencia de la interpretación tradicional, este modo de entender el principio del daño no exigiría que cada instancia de una conducta sea perjudicial para los derechos de terceros. Por el contrario, GARDNER/SHUTE consideran que el principio del daño abarca la criminalización de conductas inofensivas si resulta posible sostener que la no criminalización de esas acciones sería dañina.

En este trabajo trataré de explicar y analizar este modo de interpretar el principio del daño, que, según creo, es el propuesto por GARDNER/SHUTE. En la primera parte, trataré de mostrar cómo es que GARDNER/SHUTE consideran al principio del daño. En la segunda parte, intentaré indicar cuál debe ser el alcance que tiene dicho criterio. Por último, expondré y analizaré algunas críticas que se le han formulado en la doctrina penal anglosajona. Con esta tarea, buscaré mostrar cuáles son las ventajas y desventajas de seguir esta interpretación del principio del daño.

Considero relevante realizar algunas precisiones metodológicas previas: GARDNER/SHUTE no tienen, a diferencia de MILL y FEINBREG, una teoría particular acerca del principio del daño. Incluso, tomaré como base un trabajo de ambos autores cuyo objetivo principal es demostrar la incorrección del delito de violación, pero no esbozar una interpretación original del principio del daño. Sin embargo, considero que, aunque los autores no se lo hayan propuesto de modo expreso,

⁴ RIPSTEIN, “Beyond the Harm Principle”, en *Philosophy and Public Affairs*, n.º 34, 2006, p. 229.

han generado una interpretación innovadora del principio del daño que puede ser diferente a la lectura tradicional y que ha motivado una serie de observaciones por la propia doctrina.

II. Definición

GARDNER/SHUTE señalan que el principio del daño se satisface cuando la ley que se sanciona está orientada a prevenir lesiones en los intereses de terceros. Los autores han expuesto este modo de interpretar el principio del daño en un trabajo denominado “La ilicitud de la violación”.⁵ Si bien en dicho trabajo tratan de establecer cuál es la incorrección específica de la violación, sostienen que la falta de lesividad de una acción no constituye una imposibilidad para criminalizarla cuando su criminalización es útil para prevenir daños. GARDNER/SHUTE se valen de una hipótesis para mostrar cómo el principio del daño permitiría justificar la intervención estatal en conductas que en algunos supuestos pueden no causar daños a terceros. Así, denominan a dicha situación “el caso puro de la violación”.

En primer lugar, GARDNER/SHUTE afirman que, en la vida cotidiana, la mayoría de los hechos por violación producen en sus víctimas “daños inenarrables” (p. ej., lesiones físicas, traumas, sensaciones de inseguridad o pérdida de autoestima).⁶ Según GARDNER/SHUTE, todos estos efectos son daños “... porque cambian la vida de alguien para peor”.⁷ Es con base en esta dimensión prospectiva del daño “... que la gente normalmente busca la ilicitud de la violación”.⁸

A continuación, GARDNER/SHUTE desarrollan un experimento mental en el que acontece un hecho de violación sin daño. El “caso puro de la violación” se presenta de la siguiente manera: “Es posible, aunque sea inusual, que un violador no haga daño. La víctima puede permanecer para siempre ajena al hecho de haber sido violada si, digamos, el violador usó preservativo y ella estaba drogada o ebria al punto de la inconciencia cuando se cometió la violación. (...) Entonces tenemos una víctima de violación cuya vida no ha cambiado en absoluto a causa de la violación. (...) En

⁵ Sobre este punto, GARDNER/SHUTE afirman que la incorrección de la violación no reside en el daño ocasionado a la víctima, sino en el “*mero uso*” que el autor hace de la persona violada. En GARDNER/SHUTE, “The Wrongness of Rape”, *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series* (2000), HORDER (ed.). En lo que sigue, las citas serán tomadas del texto GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, trad. José MILTON PERALTA, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 46.

⁶ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, pp. 26 y 28.

⁷ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 26.

⁸ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 26.

efecto, lo sucedido no tiene ninguna dimensión prospectiva para la víctima, excepto una posible resaca por la mañana; por lo demás, su vida sigue exactamente igual que antes”.⁹

En la hipótesis expuesta, la violación nunca llega a ser descubierta, por lo que no existe posibilidad de que otras personas puedan sentir miedo de ser víctimas potenciales.¹⁰ En tal supuesto, GARDNER/SHUTE refieren que la incorrección de esa violación no puede basarse en su daño, ya que tal acto no produce perjuicio alguno¹¹: en tal hipótesis, “... nadie ve su futuro menguado o, incluso, afectado de algún modo, por la violación”.¹²

La pregunta que se presenta, entonces, es ¿cómo puede el principio del daño justificar la criminalización de esta violación inofensiva? Si las acciones que deben ser criminalizadas bajo la interpretación tradicional del principio del daño son aquellas que cambian para peor la vida de una persona, queda en evidencia, entonces, que la hipótesis ofrecida no encuadra en dicho principio. La mera incorrección del acto, esto es, la circunstancia de que se trata de una conducta mala (aunque inofensiva) no resulta ser una razón para criminalizarla bajo aquel principio. Así pues, si la incorrección no resulta ser una razón suficiente, puede suceder, señalan GARDNER/SHUTE, que algunos autores pretendan buscar algún modo en que la víctima resulte dañada para que este caso pueda “... pasar el filtro del principio liberal del daño”.¹³ Sin embargo, los autores refieren que sería “... un error pensar que el principio liberal del daño excluye la prohibición legal de la violación del caso puro.”^{14 15}

⁹ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 27.

¹⁰ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 27.

¹¹ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 28.

¹² GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 28.

¹³ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 30. En igual sentido, SIMESTER/VON HIRSCH señalan, en una hipótesis similar, que cuando se presenta un supuesto de “violación de domicilio” que no ocasiona un daño, esto plantea problemas para el principio, en tanto nadie tiene sus derechos aminorados o disminuidos. Por eso, al igual que GARDNER/SHUTE, refieren que para poder encuadrar tal conducta en dicho criterio habría que modificar el concepto de daño en el sentido de que abarque, además, las meras violaciones de derechos, lo que torna de ese modo más difícil la distinción entre incorrecciones ofensivas e incorrecciones inofensivas. Sobre esto, SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, Portland, Hart Publishing, 2011, p. 50.

¹⁴ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 30.

¹⁵ En particular, GARDNER critica la forma tradicional en que se interpreta el principio del daño: “En el pensamiento acerca del derecho penal a menudo se exagera la función del principio del daño. Algunas personas piensan que, gracias al principio del daño, es necesario explicar la incorrección de cada ilícito penal en términos de su dañosidad. Si no hay daño, no puede haber delito. Esto es un error. Muchas acciones, tales como la violación y el chantaje, son incorrectas independientemente de su dañosidad. El principio del daño viene después, al regular si y el modo en que tales ilícitos son correctamente

¿Por qué, entonces, resulta posible bajo el principio del daño criminalizar el “caso puro” o, de manera más general, los actos inofensivos? GARDNER/SHUTE brindan la siguiente respuesta: “Para cumplir con las demandas del principio del daño es suficiente con que hubiera sido dañino que la acción no hubiera sido criminalizada”.¹⁶ Según esta afirmación, y como ya se ha dicho, el principio del daño se satisface si la ley tiene por objetivo prevenir daños, con independencia de si el acto criminalizado ocasiona, en el caso concreto, el daño que se pretende evitar. Puesto con otras palabras: la falta de lesividad de un acto particular x no constituye un obstáculo para su criminalización cuando hacerlo resulta útil para reducir los daños que ocurrirían si su prohibición no estuviese vigente. En este punto, GARDNER señala: “...el principio del daño no requiere de cada prohibición jurídica que prohíba (proporcionalmente) los ilícitos dañinos. Más bien, requiere de cada una de las prohibiciones jurídicas que sirvan (proporcionalmente) para prevenir el daño. El derecho puede prevenir el daño mediante la prohibición de ilícitos no dañinos si la no prohibición de tal ilícito fuese en sí misma dañina”.¹⁷

En el “caso puro de la violación”, GARDNER entiende que su criminalización estaría justificada bajo el principio del daño, pero no porque sea necesario indagar acerca de alguna modificación sufrida por la víctima, sino porque: “Si la violación no dañina no fuese prohibida, ello probablemente aumentaría la incidencia de la violación dañina (porque permitiría a los hombres que consideren a las mujeres como sexualmente menos autónomas y por tanto fomentaría su uso como objetos sexuales). En la medida en que concierne al principio del daño, tal conexión indirecta con el daño es todo lo que se requiere para justificar una intervención jurídica (proporcionada)”.¹⁸

De esta manera, GARDNER se declara defensor de una versión amplia del principio del daño, según la cual, “...es el daño que la ley previene, antes que el daño causado por el delito, lo que

reconocidos por el derecho”. GARDNER, “Réplica a los críticos”, en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, trad. María Laura MANRIQUE, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 262.

¹⁶ GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, *supra* nota 5, p. 51.

¹⁷ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 262.

¹⁸ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 262. Vale destacar que, en esta cita de GARDNER, el daño que la ley tiende a prevenir en este ejemplo es uno relacionado con la autonomía sexual de las personas que, por lo común, suele ser afectado por las violaciones dañinas. Más abajo, se mostrará la importancia de esta circunstancia para evaluar si se encuentra justificada la crítica formulada por HUSAK a la manera en que se pretende interpretar el principio del daño de acuerdo con GARDNER/SHUTE.

importa al determinar si el principio del daño se encuentra satisfecho”.¹⁹ HORDER muestra hasta dónde se extiende el principio del daño con dicha afirmación. Supongamos, afirma HORDER, que una ley prohíbe la publicidad de medicamentos oncológicos en los siguientes términos: “Ninguna persona debe tomar parte en la publicación de cualquier publicidad – (a) que contenga una oferta para tratar a cualquier persona de cáncer, o prescriba algún remedio, o brinde cualquier consejo en relación con tal tratamiento ... o (b) que se refiera a cualquier artículo, o artículos de cualquier descripción, en términos que están calculados para llevar el uso de ese artículo, o artículos de esa descripción, en el tratamiento del cáncer”.²⁰

Según HORDER, la justificación de un delito así formulado no reside ni en el daño causado ni en el riesgo directo de producirlo. La razón de la criminalización se fundamenta, en cambio, en la circunstancia de que sería dañino tener un mercado que publicite curas para el cáncer cuando existen personas desesperadas que pueden realizar cualquier cosa con tal de detener el curso de dicha enfermedad.²¹

En definitiva, para GARDNER/SHUTE, el principio del daño se satisface por los daños que la ley busca prevenir al prohibir una determinada conducta. Resulta indiferente si dicho perjuicio se produce o no en determinados casos. Es la nocividad que, de modo general, tienen determinadas acciones lo que permite abarcar, también, a aquellas que resultan inofensivas en el caso particular. Lo importante, entonces, será establecer qué tipo de daños el derecho trata de evitar para que la criminalización de una conducta se encuentre prohibida.

III. Consecuencias

GARDNER/SHUTE refieren que de dicha interpretación del principio del daño se pueden derivar dos consecuencias. La primera, a la cual ya se hizo referencia, es que no solo los ilícitos dañinos, sino incluso los ilícitos no instrumentales (como lo es la violación pura) son susceptibles de ser abarcados por el principio.²² Pues, si la criminalización está justificada cuando resulta útil

¹⁹ “... it is the harm prevented by the law, rather than the harm done by the criminal offence, that matters in determining whether the principle was satisfied”, GARDNER, “Overcriminalization: The Moral Limits of The Criminal Law, Reviewed by John Gardner”, en *Notre Dame Philosophical Review*. Disponible en: <https://ndpr.nd.edu/news/overcriminalization-the-limits-of-the-criminal-law/>. [Enlace verificado por última vez, el 14/5/18.]

²⁰ HORDER, “Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation”, en SULLIVAN/DENNIS (eds.), *Seeking Security, Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, United Kingdom, Hart Publishing, 2012, p. 99.

²¹ HORDER, *supra* nota 20, p. 99 ss.

²² GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, *supra* nota 5, p. 52.

para prevenir daños, entonces el principio del daño abarca tanto los actos ofensivos como los inofensivos.²³ Así, GARDNER/SHUTE sostienen: "... la lectura instrumental tradicional del principio del daño es correcta. Pero los ilícitos no instrumentales, tales como las violaciones puras y las sustracciones puras, pueden colocarse fácilmente bajo el paraguas del principio del daño. Se pueden colocar bajo ese paraguas, porque el principio del daño no dice que solo los ilícitos dañinos deben ser criminalizados. Dice que solo se justifica la criminalización de ilícitos si sirve para prevenir daños. Los ilícitos no instrumentales, aun cuando sean perfectamente inofensivos por sí mismos, pueden pasar este examen si su criminalización reduce su frecuencia y una frecuencia mayor disminuiría las perspectivas de futuro de la gente —p. ej., al reducir algún bien público, como la sensación de seguridad de las personas con respecto a su entorno de vida, sus perspectivas de disfrutar, amar y confiar en las relaciones sexuales, su capacidad de salir y divertirse por la noche o en lugares extraños, o al afectar el grado de respeto mutuo que, en general, prevalece en la cultura pública—".²⁴

Para explicar mejor lo que se acaba de desarrollar en el párrafo anterior, podríamos pensar en el siguiente supuesto. Imagínese por un momento que se discute si una ley debe o no criminalizar el lavado de activos. Se podría argumentar que el delincuente que blanquea el dinero ilícito puede reutilizarlo en la actividad criminal y que, en una ciudad en donde el lavado de dinero está permitido, las personas tienen una expectativa de 5 (en la escala del 1 al 10) de vivir en una sociedad con menos delincuencia. Si los legisladores prohíben el lavado de dinero, tal expectativa social aumentará a 8: pues está comprobado que la imposibilidad de reutilizar las ganancias del delito disminuye la delincuencia en un 30%.²⁵ Ahora bien, se presenta el supuesto de un agente que pretende lavar el dinero obtenido en un fraude ocasional, con la sola intención de disfrutar de su ganancia, es decir, que no pretende reinvertirla en actividades criminales; en tal supuesto, con su lavado ni aumenta ni reduce la expectativa de seguridad que mantienen los ciudadanos. El principio del daño presentado por GARDNER/SHUTE justificaría también la criminalización de este acto en la medida en que, si bien puede considerarse inofensivo para la seguridad de la ciudadanía, le ley tiene por objetivo el reducir los actos que sí pueden afectarla.

²³ GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 52.

²⁴ GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 52.

²⁵ El descenso de la tasa de criminalidad es una hipótesis ficticia generada para ilustrar el caso; hasta donde llega mi conocimiento, no existe una estadística que pueda comprobar una relación entre la prohibición del lavado de dinero y la disminución del crimen.

La segunda consecuencia que GARDNER/SHUTE extraen del principio del daño es la siguiente: la diferencia que existe entre los ilícitos civiles y los penales no reside en el interés público o privado que tutelan.²⁶ El ilícito que se comete en contra de una persona puede ser materia del derecho penal incluso cuando tal individuo no haya resultado lesionado. “En esos casos, el daño que justifica que esos males sean susceptibles de ser materia de un proceso es el daño público consistente en la pérdida de respeto por la propiedad, la reputación o el compromiso voluntario, según sea el caso”.²⁷ En términos del autor: “Muchos consabidos derechos individuales, incluyendo aquellos apoyados en estas categorías legales, están, en gran medida, justificados por el bien público que se nutre de su existencia y reconocimiento”.²⁸ Esta segunda consecuencia, sin embargo, no resulta tan relevante a los fines de este trabajo, por lo que no hace falta continuar con su análisis.

Una tercera consecuencia que podría extraerse del principio del daño, de acuerdo con GARDNER/SHUTE, es que los daños que se pretende prevenir con la prohibición pueden ser tanto los ocasionados deliberadamente (o con dolo, por decirlo de un modo más simple) como los que tienen origen en otra conducta. En este sentido, HORDER afirma: “La tesis de Gardner-Shute se refiere a la prevención del daño con independencia de que el daño potencial provenga de un ilícito”.²⁹ Como muestra de ello, HORDER utiliza como ejemplo la tenencia ilegal de armas de fuego sin la debida autorización legal. En tal supuesto, el daño que se pretende evitar puede ser no solo el uso que se le pueda dar en la ejecución de un delito, sino el que pueda surgir accidentalmente por el mal uso que le pueda dar un niño.³⁰

Hasta aquí, entonces, es posible definir el principio del daño como un criterio según el cual la criminalización estará justificada si resulta útil para reducir actos que modificarían las expectativas de futuro de las personas. El principio del daño, habilita, así, tanto la prohibición de actos dañinos e inofensivos, en la medida en que disminuya los daños que podrían ser ocasionados por aquellos. De este modo, entiendo que GARDNER/SHUTE logran trazar un criterio que, sin constituir una teoría particular del principio del daño que compita con las elaboradas por MILL y FIENBERG,

²⁶ GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, *supra* nota 5, p. 52.

²⁷ GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, *supra* nota 5, p. 53.

²⁸ GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, *supra* nota 5, p. 53.

²⁹ HORDER, *supra* nota 20, p. 99.

³⁰ HORDER, *supra* nota 20, p. 99.

supera la crítica que asevera que tal principio resulta insuficiente para criminalizar los actos inofensivos.

IV. La prueba del daño

En la interpretación tradicional, “liberal”, del principio del daño es el legislador quien tiene la carga de demostrar la lesividad de la acción que ha seleccionado como candidata a la criminalización.³¹ Vale la pena, entonces, detenerse sobre la cuestión de la prueba del daño en el principio del daño. ¿Es necesario demostrar que la no prohibición reduciría las expectativas de vida de las personas? En tal caso, ¿qué pruebas se deberán ofrecer?

GARDNER responde estas dos preguntas de manera afirmativa. Toda criminalización que pretenda prevenir un daño “... requiere un estudio empírico detallado”.³² Tal estudio debe demostrar quiénes son las personas “... cuyas perspectivas de vida son afectadas negativamente por la inexistencia de la prohibición”.³³ GARDNER ofrece como ejemplo la conducta de poseer material gráfico que represente un acto de violación o una tortura. En tal caso, afirma, para justificar la prohibición de tal conducta no basta con afirmar que el mundo está peor que si tales materiales no existiesen, sino que es necesario demostrar que tal prohibición previene daños.³⁴ Lo que necesitamos saber es si las perspectivas de vida de alguien son peores con tal situación, esto es, debemos determinar quién se beneficiará, por cuánto y a qué coste, y así sucesivamente. GARDNER señala que para tal demostración no basta con decir que todos se beneficiarán por el mero hecho de que tal material no exista en el mundo, pues resulta verdadero que hoy en día dichos objetos existen y las expectativas de las personas no son afectadas. Se deberá, entonces, mostrar el grupo de personas que sufren un detrimento en su vida, el que no sufrirían, o verían al menos reducido, en caso de que exista una prohibición de poseer tales materiales. De acuerdo con GARDNER un “... gobierno no defiende adecuadamente la prohibición propuesta hasta que explique qué daños pretende prevenir la prohibición y por qué la prohibición es la medida proporcionada para prevenirla”.³⁵

³¹ Sobre esto, véase MAURACH/ZIPF, *Derecho penal, Parte general*, t. 1, *Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible* (trad. Jorge BOFILL/Enrique AIMONE GIRSON), Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 214; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 4.ª ed. (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ y otros), Madrid, Trotta, 2000, 467; SIMESTER/VON HIRSCH., *supra* nota 13, p. 36.

³² GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

³³ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

³⁴ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

³⁵ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

Pero la prueba del daño no es lo único que se le debe exigir a un gobierno al momento de criminalizar una conducta. Para GARDNER, también resultaría necesario establecer, por un lado, si una legislación orientada a la prevención de daños logra cumplir su objetivo, pues es en este aspecto en donde la legislación tiende a fracasar³⁶, y, por otro lado, el legislador debería demostrar que la prohibición no resulta contraproducente.³⁷

V. El alcance del principio del daño

GARDNER reconoce que el principio del daño constituye una condición necesaria, mas no suficiente, para justificar el ejercicio de la coerción.³⁸ Esto quiere decir que, en algunas circunstancias, para justificar la criminalización de una conducta no basta con la posibilidad de que la prohibición esté orientada a prevenir de modo legítimo daños a las expectativas personales. Según GARDNER, el principio del daño tiene tres límites que impiden la penalización de una conducta.

El primer límite son los derechos de las personas. Algunos derechos pueden restringir el ámbito de la clase de daños que legítimamente se pueden prevenir.³⁹ De acuerdo con GARDNER: “El Derecho también debe respetar el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad sexual, el derecho a la participación política, el derecho a la intimidad, etc., cada uno de los cuales restringe al Derecho en la clase de daños que puede legítimamente prevenir y las maneras dentro de las cuales puede legítimamente prevenirlos”.⁴⁰

P. ej., es posible que prohibir la tenencia de material pornográfico tienda a reducir daños a terceras personas. Admítase, por mor del argumento, que se ha demostrado empíricamente que la prohibición tiene dicho efecto. Tal situación ya constituiría un caso de criminalización bajo el principio del daño. Sin embargo, GARDNER rechaza la posibilidad de prohibir dicha conducta si se considera que está amparada por el derecho a la libertad de expresión o a la privacidad.⁴¹ El

³⁶ GARDNER, *supra* nota 19. Así, refiere: “It is easy to point to a harm that one’s pet legislation is designed to eradicate; it is a lot harder to show that it eradicates it”.

³⁷ GARDNER, *supra* nota 19. MOORE también establece este límite a la criminalización de una conducta, sobre todo cuando la prohibición, lejos de evitar el comportamiento, incrementaría su costo. Sobre esto, ver MOORE, *Placing Blame, A Theory of the Criminal Law*, United Kingdom, Oxford University Press, 1997, p. 664.

³⁸ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

³⁹ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

⁴⁰ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

⁴¹ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

ejercicio de un derecho constituye, entonces, un límite a la posibilidad de prohibir conductas con el fin de evitar daños.

Según lo señalado, GARDNER afirmaría que ciertos derechos no pueden ser restringidos con el argumento de que su prohibición sería útil para evitar daños a otras personas. Pero cuáles son los derechos que deben tener este estatus es algo que, según entiendo, queda sin resolver. En este aspecto, entonces, pareciera que el principio del daño requiere de una teoría de los derechos morales que determine qué derechos pueden ser limitados para prevenir daños.⁴²

La segunda condición que el principio del daño debe respetar para ser operativo está dada por la racionalidad de su empleo. La racionalidad indica que "... nadie, ni tampoco el derecho, deberían tomar acciones fútiles o contraproducentes".⁴³ GARDNER no se explaya mucho más sobre este asunto ni brinda una definición acerca de las acciones fútiles; en cambio, sí argumenta acerca de cuándo una acción resulta contraproducente. Puede decirse que acciones fútiles son aquellas conductas nimias e insignificantes; así, y como señala FEINBERG, "El derecho no se encarga de las pequeñeces".⁴⁴ El argumento para excluir estos casos es bien conocido y suele ser expuesto del siguiente modo: las acciones que causen un daño insignificante no deben ser criminalizadas, puesto que su criminalización puede ser más dañina que el daño que pretenden evitar.⁴⁵

Las prohibiciones contraproducentes, en cambio, son aquellas que pueden generar un aumento de la conducta que se considera dañina. En su recensión al libro *Overcriminalization*, de HUSAK, GARDNER señala que los legisladores no suelen realizar un trabajo profundo para asegurar que sus normas no resulten contraproducentes. GARDNER afirma: "Como muchos miembros del público, los legisladores a menudo suponen que la criminalización de una actividad tiende a reducir su incidencia o, al menos, tiende a erradicar sus peores excesos. Ellos ignoran la realidad de que la prohibición de una actividad al menos la conduce a la clandestinidad, donde se vuelve

⁴² HUSAK, p. ej., formula esta crítica a la concepción del daño sostenida por FEINBERG. Afirma HUSAK que si el daño se define en FEINBERG como una postergación de los intereses de otro que, además, implica la violación de derecho de esa persona, resulta necesario, entonces, establecer primero qué derecho tiene cada persona para, luego, determinar si el acto que posterga un interés resulta dañino. Sobre esto, véase, HUSAK, *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 71.

⁴³ GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 265.

⁴⁴ FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, p. 189.

⁴⁵ FEINBERG, *supra* nota 44, p. 189.

más rentable (y, por tanto, más atractiva para horrorizar a las personas), como así también dificulta su control (y por ello más espantosa).⁴⁶

Queda en claro que, según GARDNER, la prohibición de una acción resulta contraproducente cuando tiende a generar un aumento de dicha conducta, por su falta de control y por engendrar mayores incentivos para cometerla. El tercer límite que debe tener el principio del daño es su proporcionalidad con el daño que se pretende prevenir.⁴⁷

Para resumir, el principio del daño constituye un aspecto necesario, pero no suficiente, para justificar la criminalización de una conducta. La prohibición deberá descartarse en aquellos casos en que deben respetarse los derechos de las personas o bien cuando la racionalidad impone no intervenir con la legislación.

VI. Críticas a la interpretación del principio del daño

a. El principio del daño, en la lectura que podría realizarse según GARDNER/SHUTE, ha sido criticado por algunos autores. Algunas de estas críticas han sido expuestas y replicadas por GARDNER, en su libro *Ofensas y defensas*.⁴⁸

Así, en primer lugar, RIPSTEIN, en su artículo “Beyond the Harm Principle”, sostiene que dicha interpretación del principio del daño autorizaría “... el uso del derecho para proteger prácticas sociales”.⁴⁹ Recordemos, en primer lugar, que RIPSTEIN formula una crítica general al principio del daño en dicho trabajo, a saber: su incapacidad de justificar la criminalización de conductas inofensivas.⁵⁰ RIPSTEIN comienza su análisis con un supuesto hipotético en el que una persona ingresa a un domicilio ajeno sin ocasionar daño alguno.⁵¹ Luego afirma que el principio del daño no puede explicar la criminalización de este supuesto de violación de domicilio inofensiva, pero que, no obstante, sus defensores estarían de acuerdo en criminalizar esa conducta. RIPSTEIN asevera que, en estos casos: “La principal dificultad es que existen

⁴⁶ “Like many members of the public, legislators often assume that criminalizing an activity tends to reduce its incidence, or at least tends to eradicate its worst excesses. They ignore the reality that banning an activity often drives it underground where it become more profitable (and hence more attractive to appalling people) as well as harder to supervise (and hence more appalling)”, GARDNER, *supra* nota 19, p. 218.

⁴⁷ GARDNER, *supra* nota 19, p. 218.

⁴⁸ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 259.

⁴⁹ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 262.

⁵⁰ RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 222.

⁵¹ RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 218.

incorrecciones que cualquier versión plausible del liberalismo trataría como un objeto apropiado de sanción criminal, pero que no son dañinas en cualquier concepción posible del daño, en particular, aquellas que infringen la independencia de una persona”.⁵²

RIPSTEIN explica que, para poder justificar la criminalización de tal acto inofensivo, algunos defensores del principio del daño apelan al daño que se puede prevenir mediante la prohibición de que las personas ingresen sin permiso a los hogares.⁵³ RIPSTEIN señala que, según esta estrategia: “Incluso si no se ocasiona daño en este caso, es posible suponer que una regla general, que otorga a las personas el derecho a excluir a otros de su propiedad, especialmente de sus hogares, previene que la gente produzca daños a otros. Tu derecho a excluirme está reforzado como un caso especial de un derecho más general que está justificado por su prevención de un daño, incluso si en el caso particular que se ha descrito no se ha ocasionado ningún daño. Aunque el acto es inofensivo, su clase es dañina”.⁵⁴

RIPSTEIN entiende que dicha postura puede justificar la criminalización de una práctica, por el solo hecho de que la criminalización traiga aparejados algún beneficio para la sociedad.⁵⁵ Sin embargo, su crítica rechaza que el daño a una práctica pueda ser un argumento a favor de la criminalización de una conducta. En este contexto, RIPSTEIN expresa: “John Gardner y Stephen Shute pretenden explicar la incorrección de tales actos [se refiere a la violación] apelando al daño que producen a la ‘práctica’ de la autonomía sexual, como si la violación no fuese incorrecta en una sociedad que no haya adoptado dicha práctica”.⁵⁶

En respuesta a esta crítica, GARDNER reconoce que el principio del daño sí autorizaría el empleo del derecho en tales casos “... si la pérdida de la práctica en cuestión fuese dañina”.⁵⁷ Un ejemplo que utiliza GARDNER para explicar esta idea es la práctica de la bigamia. Según este autor, la institución del matrimonio monogámico sí supera la prueba del daño, en la medida en que sería dañino no tener tal práctica, pues esta otorga “... a muchas personas una opción sin la cual estarían

⁵² RIPSTEIN, *supra* nota 4., p. 217.

⁵³ RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 222.

⁵⁴ RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 222.

⁵⁵ RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 225 y sigs. Las críticas que RIPSTEIN realiza en contra de esta postura pueden ser dejadas de lado a los fines de este trabajo.

⁵⁶ RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 227, nota n.º 18.

⁵⁷ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 262.

peor”.⁵⁸ Entonces, concluye el autor, si la práctica de la bigamia no existiese, no existiría el delito.⁵⁹

Pese a lo señalado en el párrafo anterior, GARDNER aclara inmediatamente lo siguiente: que el principio del daño autorice el empleo del derecho para tutelar una práctica no significa que esta deba existir previamente. Dicho de otro modo: en algunos casos, no resulta necesario que tal práctica exista para señalar la nocividad e incorrección de una acción x.⁶⁰ Según GARDNER, el delito de violación, p. ej., pretende tutelar la autonomía sexual de las personas, con independencia de si tal práctica de respeto por la autonomía sexual existe o no.⁶¹ Tal ilícito es incorrecto, a juicio de este autor, en cualquier tiempo y en cualquier lugar.⁶²

En GARDNER, entonces, la existencia de una práctica es una condición contingente a la nocividad que puede tener una conducta. Dicho de otro modo: tanto puede criminalizarse una acción porque su no prohibición resultaría dañina, aunque no exista una práctica que resulte lesionada, como puede criminalizarse un comportamiento cuando su no penalización fuese dañino para una práctica. En ambos supuestos, el punto relevante es que la prohibición evite daños, pero no que dicha prohibición pretenda reducir los daños a una determinada práctica.

b. Otra crítica al principio del daño ha sido formulada por CANE.⁶³ Según GARDNER, CANE afirma que su manera de interpretar el principio del daño “lo despoja de sus motivaciones y su poder”.⁶⁴

CANE señala, en primer lugar, que los teóricos del derecho penal distinguen entre la responsabilidad penal del individuo, por un lado, y el límite y el campo de la criminalización, por el otro.⁶⁵ Quienes se concentran en lo primero suelen abocarse al análisis de las capacidades del agente, sus posibilidades de elección, etc., pero ignoran, a su vez, las consecuencias que produce el acto que ejecutan. Quienes se preocupan por lo segundo, en cambio, se enfocan en las

⁵⁸ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263. GARDNER no explica en qué sentido las personas estarían peor en este caso, pero considero que debe darse por supuesta tal situación, pues se trata de una mera ejemplificación.

⁵⁹ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁶⁰ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁶¹ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁶² GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁶³ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁶⁴ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁶⁵ CANE, “Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate”, en *The Journal of Ethics*, n.º 10, 2006, p. 32.

consecuencias de la conducta.⁶⁶ Para CANE esto resultaría equivocado, ya que “... existen cuestiones importantes acerca de los límites del derecho penal que parecerían tener poco o nada que ver con las consecuencias inmediatas de la conducta criminalizada”.⁶⁷ CANE menciona como ejemplos los casos de la tentativa, los delitos recortados y los de peligro, entre otros.⁶⁸

Ante tales supuestos, CANE se pregunta si la aproximación a dichos asuntos debe comenzar, no obstante, con el principio del daño y, si es así, cuáles deben ser nuestras actitudes para fundar y establecer una responsabilidad criminal que estaría en conflicto con dicho principio.⁶⁹ La respuesta de CANE es que habría tres reacciones posibles: a. rechazar aquella criminalización que está en conflicto con el principio del daño;⁷⁰ b. racionalizar cualquier y todo aspecto del derecho penal que aparezca, a primera vista, inconsistente con el principio del daño;⁷¹ y c. negar que los elementos de la responsabilidad en cuestión tengan algo que ver con los límites morales de la criminalización.⁷²

CANE critica a GARDNER/SHUTE por recurrir a la segunda reacción, es decir, la de pretender racionalizar todo aspecto del derecho penal que sea, en principio, inconsistente con el principio del daño. CANE afirma: “Podemos decir (como Gardner y Shute lo dicen con relación a la violación) que una sociedad en la que la creación de ciertos riesgos no fuese un crimen, o en la cual la tentativa y la planificación no fuesen en sí mismos delitos, fuese (en algún sentido) una sociedad peor en la que vivir respecto de otra en la que sí lo son. Una preocupación sobre esta clase de argumento es que depende de los efectos agregados de muchos de esos actos y no parece justificar la coerción de ningún agente en particular. Al mismo tiempo, al clasificar los ‘efectos difusos’ como daños parece reducir la significancia del principio de Mill a un punto de fuga. (...) En efecto, la reinterpretación del principio del daño para abarcar tales daños no individualizados se parece más (a lo que Hart denominó) ‘la tesis moderada’ en diferente manera”.⁷³

La crítica de CANE estaría dirigida a la amplitud que se le otorga al principio del daño cuando incluye, como un daño, los efectos difusos que dependen de la realización de muchos actos. Según

⁶⁶ CANE, *supra* nota 65, p. 32.

⁶⁷ CANE, *supra* nota 65, p. 33.

⁶⁸ CANE, *supra* nota 65, p. 33.

⁶⁹ CANE, *supra* nota 65, p. 33.

⁷⁰ CANE, *supra* nota 65, p. 33.

⁷¹ CANE, *supra* nota 65, p. 33.

⁷² CANE, *supra* nota 65, p. 35.

⁷³ CANE, *supra* nota 65, p. 33 y 34.

CANE, una interpretación del principio del daño que no se concentre en los daños individuales se parece a la tesis moderada que presentaba HART en su famoso debate con DEVLIN, tesis según la cual es posible criminalizar actos inmorales que puedan desintegrar la sociedad.⁷⁴

La respuesta de GARDNER a la objeción de CANE se presenta de la siguiente manera: en primer lugar, GARDNER indica que “... el violador potencial es un infractor potencial. Esto ya lo toma como una persona adecuada para ser amenazada con el castigo (coerción)”.⁷⁵ En segundo lugar, y en respuesta directa a la crítica que se le realiza, GARDNER agrega: “No es tarea del principio del daño seleccionarlo nuevamente”. Esta respuesta de GARDNER podría interpretarse del siguiente modo: en su primera parte, diría que si estamos ante un potencial infractor —que puede realizar una clase de actos dañinos x—, entonces, no resulta necesario, además, exigir que su acción particular sea efectivamente dañina. Así, el principio del daño se satisface más con los propósitos que persigue una ley, que con las características del acto que se pretende criminalizar. GARDNER subraya esto cuando afirma: “La tarea del principio del daño es regular los propósitos más amplios de la ley que realiza la amenaza. Esta regulación, y de hecho cada regulación coercitiva, debe tener y satisfacer un propósito de prevención de daño”.⁷⁶ Por lo tanto, que la conducta concreta del potencial delincuente sea inofensiva no constituye una objeción.

En cuanto al segundo punto señalado por CANE, esto es, los “efectos difusos” que dependen de una clase de actos, GARDNER reconoce que pueden ser reconocidos por el principio del daño siempre que resulten dañinos.⁷⁷ GARDNER lo ejemplifica de la siguiente manera: es algo intrínsecamente aborrecible poseer materiales gráficos que representen una tortura o una violación, con la cual se pretenda excitar sexualmente a sus observadores. Si nadie tuviese en su poder tales cosas, el mundo sería un lugar mejor. Su prohibición, entonces, podría mejorar el estado de cosas en la actualidad, aunque más no sea en el largo plazo.⁷⁸ Sin embargo, tal prohibición estará justificada “... conforme al principio de daño, solo en la medida en que también sirva para prevenir el daño. No todo aquello que hace el mundo un lugar mejor previene el daño.

⁷⁴ HART, *Law, Liberty and Morality*, California, Stanford University Press, 1963, p. 48 y sigs. Recordemos que, según DEVLIN, la sociedad se puede resguardar de todo aquello que pueda llevar a su desintegración; esto puede ocurrir si no se respeta la moralidad común. Por tanto, “... la sociedad está justificada para realizar los mismos pasos para preservar su código moral, como lo hace para preservar su gobierno y otras instituciones esenciales”. Sobre esto, DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Liberty fund inc., 1996 (1965, Oxford University Press), p. 13.

⁷⁵ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁷⁶ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁷⁷ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 263.

⁷⁸ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

Prevenir el daño es mejorar las perspectivas de vida de alguien”.⁷⁹ La respuesta, entonces, se dirige a demostrar (al igual que la réplica a RIPSTEIN) que la existencia de un “efecto difuso” no resulta suficiente para que una prohibición pueda estar justificada para el principio del daño; dicho “efecto difuso” debe ser, además, dañino.

c. HUSAK formula una tercera crítica a este modo de ver el principio del daño. Recordemos que, según GARDNER/SHUTE, no constituye una objeción en contra del principio del daño afirmar que una acción es inofensiva o que no tiene la tendencia de causar daño, sino que basta con demostrar que sería dañino no criminalizar tal acción. En su crítica, HUSAK sostiene que tal interpretación no podría ser pretendida por GARDNER/SHUTE y para demostrarlo propone el siguiente ejemplo: “Supóngase que los ciudadanos estuviesen inclinados a tomar represalias violentas en contra de personas que han sido percibidas como que no han recibido su justo merecido al realizar una conducta que el Estado se ha abstenido de criminalizar —mediante la realización de abortos, p. ej.—”.⁸⁰

Presentada la hipótesis, HUSAK se pregunta: “¿Puede el deseo de prevenir esta violencia demostrar que ese aborto (p. ej.) puede ser criminalizado bajo el principio del daño?”.⁸¹ La respuesta de GARDNER/SHUTE debería ser positiva, pues la prohibición del aborto sería idónea para evitar las represalias de unas personas en contra de otras. Según HUSAK, tal interpretación del principio del daño puede expandir el campo del derecho penal.⁸²

Entiendo que la crítica que formula HUSAK puede ser expresada en los siguientes términos: la necesidad de prevenir una situación *r* no puede ser un argumento para justificar la criminalización del acto *a*. En el ejemplo de HUSAK, el principio del daño buscaría evitar que un grupo de personas adopten represalias en contra de aquellos que han realizado algún acto que, según consideran los primeros, debería haber sido criminalizado por el Estado. Puesto de un modo más sencillo:

- La gente quiere ejercer *r* en contra de quienes realizan *a*.
- Si *a* no tiene lugar, entonces la gente no querrá *r*.

⁷⁹ GARDNER, “Réplica a los críticos”, *supra* nota 5, p. 264.

⁸⁰ HUSAK, *supra* nota 42, p. 72, nota 72.

⁸¹ HUSAK, *supra* nota 42, p. 72, nota 72.

⁸² HUSAK, *supra* nota 42, p. 72, nota 72.

- Por tanto, para evitar r habría que prohibir a; o, puesto de otro modo, la prohibición de r reduce o evita a.

HUSAK señala al aborto como la conducta que genera los deseos de represalia por parte del grupo de personas. Si se prohíbe el aborto, evitamos entonces la represalia. Tal argumento debería tener la siguiente consecuencia: si la prohibición del aborto sirve para evitar cualquier situación dañina, entonces, su prohibición estaría justificada.⁸³ Para ponerlo de otro modo: supóngase que permitir el aborto genera clínicas clandestinas, en las que no solo se realizan prácticas abortivas, sino que se brinda atención médica general a cualquier persona que concurra por cualquier dolencia. Admítase, para seguir con el argumento, que las clínicas clandestinas generan el riesgo de que las personas puedan sufrir daños en su vida y en su integridad física, al no cumplir con los requisitos de habilitación necesaria (normas de higiene y desinfección, etc.). Se comprueba que, si se prohibiese el aborto, las clínicas clandestinas cerrarían sus puertas y, por tanto, las personas deberían concurrir a establecimientos de salud habilitados, situación que reduciría la posibilidad de que puedan sufrir daños en su vida o integridad física. La conclusión diría que la prohibición del aborto estaría justificada por los daños que pretenden evitar.

En qué medida esto es una crítica no resulta tan claro según lo expuesto por HUSAK, ya que, justamente el punto de GARDNER/SHUTE es que la prohibición está justificada si pretende prevenir daños. Si tal situación representa una objeción para el principio del daño de GARDNER/SHUTE, entiendo que se refiere a la intuición de que la criminalización del aborto no puede estar fundada en cualquier daño que se pretenda prevenir. Esta pareciera ser una crítica sólida que buscaría restringir el principio del daño, en cuanto a la clase de perjuicio que justifica la criminalización de una conducta. Así, diría la crítica de HUSAK, no alcanzaría con invocar cualquier daño para prohibir una determinada acción.

En el ejemplo del aborto, la razón que se invoca parece resultar muy genérica en dos sentidos: de un costado, porque se podría ofrecer para fundamentar la prohibición de una clase determinada de delitos, como, p. ej., el homicidio, el aborto, la violación y algunos delitos contra la propiedad,

⁸³ El ejemplo presenta una sola clase de daño que la prohibición pretende evitar, a saber: las represalias en contra de la mujer o el médico que realizan el aborto. Es posible pensar que el aborto puede ser realizado, en algunos supuestos, para salvar la vida de las mujeres, esto sería un argumento para permitirlo, puesto que, en caso contrario, aquellas sufrirían otro tipo de daño. Entonces, la pregunta que uno podría realizar, que no contestaré aquí, sino que dejaré planteada es: ¿qué sucede ante situaciones en donde la prohibición busca prevenir daños, pero su legalización también los prevendría? Debo esta observación a Candela Englert.

etc. En estos casos, sin duda, resulta posible esperar que, de no estar criminalizadas tales conductas, las personas busquen tomar represalias en contra de aquellas que la realizan. De otro costado, sería genérica para legitimar la prohibición de cualquier conducta, por inofensiva que sea, cuando pudiera generar la posibilidad de represalias de unos contra otros. P. ej., si una sociedad considera que el incesto entre dos personas adultas debe merecer castigo, entonces, tal situación debería ser criminalizada para evitar la represalia por parte de otras personas.

El problema con una razón tan genérica para criminalizar una conducta es que puede borrar la línea divisoria entre las conductas públicas o privadas; o, mejor dicho, puede implicar una redefinición en los siguientes términos: conducta pública es aquella respecto de la cual las personas sienten deseos de reprimir, sin importar el ámbito en el que se realice. Conducta privada, en cambio, es aquella que no quieren reprimir, con independencia de si se realiza en un espacio público o privado.

El ejemplo que ofrece HUSAK para evaluar el principio del daño en GARDNER/SHUTE también nos advierte que su manera de interpretarlo podría ser contraintuitiva: es que pareciera que no queremos justificar la criminalización del aborto para evitar las represalias que un grupo de personas puede ejercer sobre otras. Por el contrario, pretendemos que su fundamento resida en la muerte ocasionada a la persona por nacer, que es aquella que resulta dañada —esta ha sido, al menos, su justificación tradicional—. Que esta es la intuición que está por detrás también lo demuestra el siguiente ejemplo: supongamos que las represalias se aplican sobre personas que matan a otras. El legislador, para prevenir el daño ocasionado por las represalias, decide criminalizar el homicidio, pero no porque lesione una vida humana, sino para reducir la “justicia por mano propia”. ¿Está legitimado el legislador para justificar la criminalización del homicidio con el argumento de que evita estos daños? Pareciera que, si bien fácticamente un legislador podría sancionar una ley en contra del asesinato utilizando tales razones, pensaríamos que esas no son las razones adecuadas por las que tal conducta debería estar prohibida. Además, la intuición que tenemos acerca del principio del daño es que debe referirse a la nocividad de la conducta del agente sobre terceros, pero no a la nocividad de la conducta de los terceros sobre el agente.

Con relación a esta última crítica, conviene preguntarse si GARDNER/SHUTE realmente prescinden de la conexión entre el daño que se quiere evitar y la conducta que resulta criminalizada. De acuerdo con HUSAK, tal conexión no existiría, es decir, que cualquier conducta puede ser objeto de prohibición si se comprueba que la prohibición previene daños, tal como ocurre con la necesidad de evitar represalias a través de la criminalización del aborto.

GARDNER/SHUTE no dicen nada al respecto; pero su ejemplo de la necesidad de prohibir la violación demuestra que la clase de daños que se pretende evitar tienen carácter sexual. Es decir, se prohíbe la violación —acto que lesiona la autonomía sexual de las mujeres— porque su falta de prohibición produciría no solo más violaciones, sino otros ataques a la autonomía sexual. No hay otro daño que se pretenda evitar. Para explicar esto, permítase recurrir a otro ejemplo: supóngase por un instante que ha quedado demostrado que la prohibición de la violación no solo evitaría mayores casos de abusos sexuales, sino que llevaría a modificar el sistema desigual de salarios que afecta a hombres y mujeres (en donde los primeros suelen ganar más que las segundas). En tal caso, se diría, la prohibición de la violación estaría justificada en ese daño.⁸⁴ Entiendo que la interpretación del principio que hacen GARDNER/SHUTE no autorizaría a realizar este movimiento, aunque debo reconocer que los autores no se encargan de limitar el tipo de daños que pueden ser tomados en cuenta para justificar una prohibición. La explicación de esto tal vez sea lo que se remarcó al inicio de este trabajo, a saber, que GARDNER/SHUTE, a diferencia de MILL y FEINBERG, no elaboran una teoría particular del principio del daño, sino que pretenden dar una interpretación que permita abarcar los ilícitos no lesivos.

d. Hasta aquí he tratado de demostrar cuáles son las críticas que se han efectuado a este modo de interpretar el principio del daño. Debo decir que, en principio, no encuentro que dichas objeciones tengan la solidez para desecharla. Sin embargo, esta conclusión es solo provisoria, puesto que el objetivo principal es identificar cuáles son las críticas formuladas, pero de ningún modo mostrar cuán solventes o débiles pueden resultar.

VII. Conclusión

En este trabajo he tratado de analizar el principio del daño, según una interpretación realizada por GARDNER/SHUTE. En primer término, se ha mostrado que, a la luz de tal criterio, la criminalización de una conducta satisface el principio del daño si su falta de prohibición sería perjudicial para un estado de cosas. Es decir, cuando la falta de regulación por el derecho llevaría a que determinados bienes se encuentren expuestos a un mayor riesgo de lesión. Lo único que debe demostrar el legislador, entonces, es que la prohibición es útil para evitar daños. Esta lectura del

⁸⁴ Una fundamentación en este sentido no sería del todo impensable. Como cuestión de hecho, muchas veces se ha utilizado el principio del daño para criminalizar conductas que no provocan directamente, sino indirectamente, el daño que se quiere prevenir. En tal sentido, DRIPPS señala que un argumento en contra de la pornografía ha sido la posibilidad de que aumenten los casos de violación contra las mujeres. En este sentido puede consultarse DRIPPS, “The Liberal Critique of the Harm Principle”, en *Criminal Justice Ethics*, Summer/Fall, 1998, pp. 3-18.

principio del daño parece superar así la crítica que asevera que dicho principio no puede legitimar la criminalización de actos inofensivos.

En segundo lugar, he mostrado cuáles son las consecuencias que tiene el principio del daño. En primer lugar, se dijo que abarca tanto los ilícitos dañinos como los instrumentales. En segundo lugar, que el daño que justifica la criminalización de una conducta es aquel que consiste en la pérdida de respeto por la propiedad, la reputación "... o el compromiso voluntario, según sea el caso".⁸⁵ Por último, la tercera consecuencia es que el principio abarca la prohibición de daños originados tanto en conductas deliberadas como imprudentes.

En tercer lugar, he analizado cuáles son los alcances que tiene el principio. Así, se ha dicho que la prevención del daño es una condición necesaria, mas no suficiente, para justificar el ejercicio de la coerción. La criminalización deberá evaluar, además, cuáles son los derechos de las personas que resultarían afectados con la prohibición y si esta es o no racional en el sentido de que no tome por objeto acciones fútiles o contraproducentes. Por último, la penalización debe respetar la proporcionalidad respecto del daño que se pretende prevenir.

En cuarto lugar, he tratado poner de manifiesto que, al igual que la concepción tradicional, una interpretación del principio del daño como la que formulan GARDNER/SHUTE requiere la demostración del estado de cosas perjudicial que la ley trata de prevenir. Para esto, habrá que demostrar el grupo de personas que resultan afectadas y cómo su vida estaría en peor situación sin la prohibición de las conductas.

En quinto lugar, he desarrollado las críticas que se han formulado a la interpretación propuesta por GARDNER/SHUTE. Así, una de ellas afirma que podría habilitar la prohibición de una práctica, mientras que otra entiende que la tesis se asemeja a la tesis moderada sostenida por DEVLIN y habilitaría la criminalización de los daños difusos. Por último, otra objeción entiende que podría extender el campo del derecho penal.

En definitiva, mi objetivo ha sido explicar y analizar lo que, según entiendo, podría ser una forma de interpretar el principio del daño, tomando para ello lo sostenido por GARDNER/SHUTE. No obstante, he tratado de mostrar que los autores no sostienen una teoría particular del principio del daño como las elaboradas por MILL o FEINBERG. Simplemente, he querido mostrar que la

⁸⁵ GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 53.

lectura que dichos autores realizan permite superar una vieja crítica formulada al principio del daño y, a su vez, que esta interpretación sería conveniente para evitar la prueba del daño en todos los casos. Continuar indagando acerca de esta cuestión es una tarea que se podría realizar en otro trabajo.

VIII. Bibliografía

CANE, Peter, “Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate”, *The Journal of Ethics* (2006) 10, pp. 21-51.

DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Liberty fund inc., United States of America, 1996 (1965, Oxford University press).

DRIPPS, Donald A. “The Liberal Critique of the Harm Principle”, *Criminal Justice Ethics*, Summer/Fall, 1998, pp. 3-18.

FEINBERG, Joel, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

—, *Harmless Wrongdoing, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 4.^a edición, (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLO BASOCO, Rocío CANTARERO BANDRÉS) Trotta, Madrid, 2000.

GARDNER, J./SHUTE, S., “The Wrongness of Rape”, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Fourth Series (2000), J. HORDER (ed.), Oxford, Oxford University Press.

—, “Réplica a los críticos”, en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, traducción: María Laura MANRIQUE, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 259 – 299.

GARDNER, J., “La ilicitud de la violación”, en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, traducción: José Milton PERALTA, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 23-53.

—, “Overcriminalization: The Moral Limits of The Criminal Law, Reviewed by John Gardner”, Notre Dame Philosophical Review, An Electronic Journal. Disponible en: <https://ndpr.nd.edu/news/overcriminalization-the-limits-of-the-criminal-law/>. [Enlace verificado por última vez, el 14/5/18.]

HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, California, 1963.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

HORDER, Jeremy, “Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation”, en G R SULLIVAN y Ian DENNIS eds., *Seeking Security, Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012, pp. 79 -103.

MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, tomo 1, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible (trad. Jorge BOFILL y Enrique AIMONE GIRSON) Astrea, Buenos Aires, 1994.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, Dover Publications Inc., Nueva York, 2002 (Londres, 1859).

MOORE, Michael S., *Placing Blame, A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 1997.

RIPSTEIN, Arthur, “Beyond the Harm Principle”, *Philosophy and Public Affairs* 34 n.º.3, (2006) Blackwell Publishing, pp. 215 – 245.

SIMESTER, A P - VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs*, Hart Publishing, Portland, 2011.