

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg*

João Paulo Orsini Martinelli
José Danilo Tavares Lobato
Humberto Souza Santos

Universidade de São Paulo, Brasil
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Universidade Cândido Mendes, Brasil

RESUMEN: A partir de la doctrina de Joel Feinberg, el presente artículo reflexiona sobre el harm principle, principio de la filosofía ética propio de los países de Common Law. La base del estudio es la obra *The Moral Limits of Criminal Law*, compuesta por cuatro volúmenes, en la que Feinberg aborda posibles comportamientos indeseados por la sociedad y la legitimidad del Estado para prohibirlos y castigarlos por medio del derecho penal. Se señalan críticas relevantes a las ideas de Feinberg y, en la parte final, se pone en relación la teoría del bien jurídico, típica del sistema romano-germánico, con el concepto del harm principle, con el fin de analizar cómo un sistema puede complementar al otro.

PALABRAS CLAVE: Harm principle, lesión, bien jurídico, Joel Feinberg, utilitarismo.

ABSTRACT: This article discusses the harm principle, the principle of ethical philosophy, typical of Common Law countries, with emphasis on the doctrine of Joel Feinberg, whose work devoted to its application in criminal law. The basis of the study is the work "The Moral Limits of Criminal Law", consisting of four volumes, in which Feinberg addresses potential undesirable behaviors by society and the legitimacy of the state to prohibit them and punish them by criminal law. Also important critiques are pointed to Feinberg's doctrine ideas and suggestions to remove the harm concept of mere welfare of the individual. At the end, the study approaches the theory of the legal interest, typical at Roman-Germanic system, to the concept of harm principle in order to demonstrate how a system can complement each other.

KEY WORDS: Charm principle, harm, legal interest, Joel Feinberg, utilitarianism.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El concepto del harm principle. 3. La doctrina del harm principle en Joel Feinberg. 4. Críticas a la doctrina de Joel Feinberg. 5. El harm principle y la teoría del bien jurídico: distinción, semejanzas y posibles interconexiones. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

Rec: 26-09-2017 | Fav: 18-10-2017

* Traducción del original portugués de José Ángel Brandariz García (Universidad de A Coruña).

1. Introducción

El sistema jurídico-penal de tradición romano-germánica emplea el bien jurídico como razón legitimadora de la criminalización de comportamientos considerados lesivos o peligrosos. El legislador elige el interés que merece “tutela” penal y describe una conducta que considera lesiva o peligrosa para tal interés, conminándola con la correspondiente pena. De este modo se estructura la parte especial del Código Penal brasileño, que se divide de acuerdo con los intereses y bienes jurídicos seleccionados por el legislador. La parte especial está formada por títulos que, a su vez, se componen de capítulos, ordenados, en términos generales, tomando como referencia los intereses y bienes jurídicos.

El derecho penal fundado en la teoría del bien jurídico debe obedecer a ciertos principios de limitación del poder punitivo del Estado, entre los que destacan los de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y culpabilidad. Cabe señalar que tales principios tienen al bien jurídico como referencia, de modo que el comportamiento humano inculminado debe ser lesivo o peligroso para dicho bien, la pena debe ser proporcional a la lesión, si hubiese otra forma de proteger el bien jurídico el derecho penal perdería su legitimidad y la relación entre el agente y el bien jurídico debe implicar dolo o imprudencia.

Con la constatación de que se están reconociendo nuevos intereses sociales como merecedores de protección penal, surgen algunas cuestiones interesantes sobre el uso tradicional de la teoría del bien jurídico. Mientras que algunas de esas cuestiones se refieren a la posibilidad de que intereses colectivos o difusos se conviertan en bienes jurídico-penales, otras versan sobre el conflicto entre los nuevos intereses y los valores tradicionales, como v.gr. la vida humana. A modo de referencia, pueden señalarse conflictos que afectan al orden tributario, al sistema financiero, a la transfusión coactiva de sangre a los Testigos de Jehová, a la interrupción del tratamiento de pacientes en estado terminal y al uso de drogas.

Ante estos desafíos, la teoría del bien jurídico no ha dado buenos resultados. Esa incapacidad de dar respuesta a los nuevos tiempos se refleja tanto en el

ámbito teórico como en el práctico. Por esta razón, aquí se propone asistir a la teoría del bien jurídico partiendo de un principio de la filosofía ética propio del sistema de *Common Law*. Los fundamentos que aporta la doctrina del *harm principle* son útiles para complementar la teoría del bien jurídico en la resolución de conflictos que impliquen tanto bienes supra-individuales como cuestiones éticas.

2. El concepto del *harm principle*

Cuando se busca el término *harm* en el diccionario, se encuentran diversos conceptos. Según el diccionario Oxford, *harm* puede significar lesión física, daño material, peligro o efecto nocivo, real o potencial.¹ El diccionario Cambridge conceptúa el término como daño o lesión, física o de otra naturaleza.² El diccionario Merriam-Webster, por su parte, incluye algunos sinónimos de *harm*: daño, lesión, herida.³ En síntesis, el *harm principle* indica que el comportamiento reprochable por el derecho penal necesariamente debe representar un perjuicio tangible y considerable para un interés socialmente relevante.⁴

Limitando su concepto a la esfera del Derecho penal, el *harm* se aproxima mucho al concepto de lesión aplicado a la teoría del bien jurídico. Ya hace tiempo que la doctrina del derecho penal defiende la exigencia de peligro o lesión al bien jurídico para la criminalización de un comportamiento, lo que deslegitima que una conducta se eleve a la condición de delito simplemente por un deseo o capricho del legislador. De este modo, criminalizar una conducta que ni siquiera produzca riesgo es una actitud de arbitrariedad manifiesta por parte del Estado. De acuerdo con los principios de lesividad y subsidiariedad, solo puede criminalizarse la conducta que represente daño o peligro de daño para un bien jurídico penalmente relevante, y únicamente cuando no haya otro medio de control social para solucionar el conflicto.

La doctrina acostumbra a clasificar a los delitos de acuerdo con la necesidad de daño efectivo o merecido peligro para la consumación del delito. Un delito puede ser de lesión o de peligro de acuerdo con la

¹ <http://oxforddictionaries.com/definition/english/harm?q=harm>.

² http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/harm_1?q=harm

³ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/harm>

⁴ Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8a. ed., 2004, p. 2099.

descripción típica. Delitos de lesión son los que requieren lesión efectiva del bien jurídico tutelado por la norma. En esos casos, el tipo describe un comportamiento por medio del cual el interés protegido sufre una modificación no deseada por su titular. En los delitos de peligro, por el contrario, el legislador no espera al daño efectivo, esto es, el momento de consumación se anticipa a la fase anterior a la verificación de la lesión. En tales tipos, el comportamiento descrito representa la exposición del bien jurídico al mero riesgo de lesión. En los delitos de lesión, la exposición dolosa al peligro que no genera un resultado lesivo por motivos ajenos a la voluntad del autor configura una tentativa. Frente a ello, en los delitos de peligro, el ilícito queda consumado incluso sin lesión del bien jurídico, ya que para la configuración de la conducta típica basta la posibilidad de su verificación.

De este modo, es evidente que para criminalizar una conducta en el sistema romano-germánico es necesario establecer unos presupuestos mínimos. No todos los comportamientos humanos son susceptibles de reproche penal, del mismo modo que no todo peligro o lesión es suficiente para justificar una sanción penal.

Por ello, de acuerdo con estos requisitos, algunos tipos de comportamiento no pueden ser objeto del Derecho penal. Es lo que sucede, por ejemplo, con los meramente inmorales y con los que suponen una lesión únicamente para el propio sujeto. Los comportamientos meramente inmorales solo afectan al sentimiento de un grupo de personas, sin producir ninguna lesión digna de consideración. Las conductas que solo se refieren al propio sujeto son las que no afectan más que a la persona que realiza el acto, es decir, son autolesiones. En esos casos, solo queda analizar si hay bienes indisponibles cuya tutela legítima que el Estado desatienda la voluntad de su titular.

El *harm principle* tiene una importancia fundamental para el análisis de los procesos de criminalización. Sus directrices imponen límites al poder punitivo del Estado, con lo que evitan la intervención excesiva en la vida privada. Cuando el derecho penal impone patrones de comportamiento, la única preocupación debe ser evitar perjuicios considerables a

intereses ajenos. Las prohibiciones no pueden crear parámetros de comportamiento definidos por la voluntad y el capricho del legislador. El derecho penal no puede servir como instrumento de imposición de comportamientos orientados únicamente por convicciones morales, ya que cada persona puede realizar la conducta que quiera, en la medida en que no perjudique intereses ajenos.

En su clásica obra *On Liberty*, Stuart Mill sintetiza la idea del *harm principle* considerando la libertad humana como factor determinante en la orientación de la política de prohibición de comportamientos.⁵

El principio afirma que el único fin para el que la humanidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de acción de cualquier miembro de la comunidad es la autoprotección. El único objetivo por el que puede ejercerse correctamente el poder sobre los miembros de una comunidad civilizada contra su propia voluntad es prevenir el daño a terceros. El propio bien de la persona, físico o moral, no es una autorización suficiente.⁶

Se trata de un principio de cuño liberal, que determina la intervención del Estado sobre la libertad individual solo cuando el comportamiento sea susceptible de provocar daños ajenos. En el caso de las autolesiones, se debe preservar la libertad individual, excepto cuando la persona no posee una autonomía plena. Para evitar autolesiones sin un consentimiento válido, existe la posibilidad de interferencia estatal, ya que está ausente la libertad plena de elección de un comportamiento lesivo. Se trata de una hipótesis de paternalismo legitimado. En tal caso, falta la capacidad de consentir los perjuicios causados a uno mismo.⁷

El *harm principle* otorga valor a la libertad humana y a las opciones individuales. Al Estado le corresponde impedir el daño a terceros y las autolesiones realizadas por quien no tiene capacidad de discernimiento. La autonomía de la voluntad tiene gran valor, pues su concurrencia priva de legitimidad al Estado para interferir en el comportamiento autolesivo de quien puede decidir libremente. Frente a ello, la ausencia de autonomía para decidir legítima la interferencia estatal, cuando se trata de una lesión a uno mismo realizada sin libertad.

⁵ Mill, John Stuart. *On liberty*. London/New York: Penguin Classics, 1985, p. 67.

⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁷ Dworkin, Gerald. "Paternalism", en: Feinberg, J.; Gross, H. (eds.) *Philosophy of Law*. Encino: Dickenson Publishing, 1975, p. 232.

El *Harm principle* y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

La libertad individual debe respetarse cuando el agente está en condiciones de emplearla adecuadamente. Con frecuencia se habla en este punto de dos modalidades diferentes: la libertad positiva y la libertad negativa. Por libertad positiva se entiende la capacidad de controlarse a uno mismo, por medio de la autoimposición de reglas de comportamiento; por libertad negativa se entiende, en cambio, la ausencia de interferencias externas a la persona, como la coerción o cualquier otro medio que dificulte, o incluso imposibilite, la realización de la conducta.⁸

El Estado está legitimado para intervenir en las situaciones en las que el titular del interés tutelado no tenga condiciones para consentir. Cuando haya capacidad plena de consentimiento, se debe reconocer el derecho a la libertad de prescindir de la tutela del Estado. Al margen de estos casos, la prohibición de conductas no pasa de imposición o valoración meramente moral de patrones de comportamiento. El *harm principle* funciona como un freno a la criminalización de conductas que representen meras inmoralidades, es decir, conductas que no produzcan peligro o lesión a intereses de terceros.

La cuestión fundamental que debe discutirse se refiere al concepto y alcance del término *harm*. Diversos autores, comenzando por Stuart Mill, se han venido ocupando del tema. La mayor o menor extensión de los límites de criminalización depende de la acepción del concepto de ofensa o lesión. Feinberg, objeto central de este estudio, es quien más se ha ocupado de esta cuestión. Su obra *The Moral Limits of Criminal Law* se estructura en cuatro volúmenes. Cada uno de ellos se refiere a un tópico del *harm principle*, de acuerdo con su concepción de la legitimidad de los procesos de criminalización.

3. La doctrina del *harm principle* en Joel Feinberg

Desde el clásico *On Liberty*, de Stuart Mill, publicado en 1859, la doctrina jurídico-filosófica de matriz

anglosajona se ha esforzado en desarrollar, como criterio de limitación a la intervención penal del Estado, la idea de que una conducta, para ser prohibida, debe implicar necesariamente una lesión o un daño. Ese recorrido jurídico-filosófico ha venido conformando el denominado *harm principle*, que actualmente sirve como directriz capaz de evidenciar la legitimidad de la prohibición de determinados comportamientos y, en consecuencia, de la imposición de las penas correspondientes.

Casi un siglo y medio después de Stuart Mill, esa idea se trabajó por parte de Feinberg en la extensa obra en cuatro volúmenes *The Moral Limits of the Criminal Law*, publicada entre 1984 y 1988, con el objetivo de señalar y analizar las especies de conducta que podrían ser legítima y justificadamente criminalizadas por el Estado. En ella, Feinberg concluye que el estado solo puede interferir en el comportamiento de los individuos de modo moralmente justificable cuando esa interferencia resulte razonablemente necesaria para prevenir daños o graves riesgos de daños a personas distintas al sujeto sobre el que recae la intervención.⁹ Por daños se entienden las lesiones y perjuicios causados a los intereses de otras personas, incluyendo lo que tradicionalmente entendemos como bienes jurídicos colectivos, en un contexto en que la protección debe servir, en última instancia, para proteger a los propios individuos miembros de la comunidad.¹⁰

El primer volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law* se publicó en 1984, bajo el título "*Harm to Others*", y se dedica a la determinación conceptual de la lesión. Feinberg reconoce la ambigüedad del término, que puede entenderse al menos en tres sentidos. El primero incide sobre cosas, como v.gr. el cristal de una ventana o el jardín de una casa. En estos casos, Feinberg prefiere utilizar el término "daño".¹¹ El segundo se refiere a la frustración de intereses, que se produce como consecuencia de la interferencia de una persona en los planes de otra.¹² El tercero, por su parte, es la vulneración del derecho de otra persona

⁸ Dworkin, Gerald. Positive and negative freedom, en Audi, Robert. *Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 726.

⁹ Feinberg, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984, pp. 04 y 05.

¹⁰ Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 55.

¹¹ Feinberg, Joel. *op. cit.*, p. 32.

¹² *Ibidem*, pp. 33 y 34.

como consecuencia de un comportamiento injustificable contrario al orden jurídico.¹³ El derecho penal, según Feinberg, se fundamenta en la fusión de estos dos últimos sentidos, es decir, de la frustración de intereses caracterizados como ilegales y de ilegalidades que se muestran como frustraciones de los intereses de otro.¹⁴

En este contexto, la incidencia del *harm principle* depende de la noción de “normalidad” para justificar la protección concedida al Estado, cuya fuerza coercitiva tiene legitimidad únicamente para proteger los intereses de personas que sean normalmente vulnerables. Esto conduce al análisis cuantitativo de ese grado de vulnerabilidad. Si tal grado de vulnerabilidad fuese elevado, las circunstancias del caso concreto indicarían si el Estado puede o no interferir en el comportamiento del individuo. Frente a ello, si la molestia causada por la conducta estuviese por debajo de los patrones de normalidad, lo que implica una mayor tolerabilidad, la persona afectada debe recurrir a otros medios no coercitivos, ya que meras frustraciones no deben convertirse en ofensas penalmente tuteladas.¹⁵

Feinberg señala que el interés de una persona puede ser afectado mediante una vulneración, una invasión, un menoscabo, un retroceso, la provocación de perjuicios, la imposibilidad de realización, la evitación o la destrucción de los intereses, que son comportamientos a través de los que el ejercicio de un derecho o la realización de un interés de una tercera persona se ve entorpecidos, con lo que se frustran sus planes vitales.¹⁶ Para identificar qué serían realmente estos intereses, Feinberg recurre a una lista de lo que la jurisprudencia estadounidense destaca como intereses que deben ser salvaguardados por la ley, como los intereses de la personalidad, de la propiedad, de la reputación, de las relaciones domésticas, de la privacidad,¹⁷ entre otros. También se reconocen los intereses públicos. Entre ellos se encuentran, en

primer lugar, los que afectan directamente a las personas de forma colectiva, como la salud, la seguridad o la tranquilidad y, en segundo lugar, los que se refieren a la estructura del Estado, que no afectan directamente a los individuos, como la recaudación de tributos, la buena conducción de los procesos judiciales, la disciplina de las fuerzas armadas, etc. En estos casos, la vulneración de las normas llevada a cabo por una persona aislada no provoca lesión a otros, pero su repetición reiterada afecta al bienestar social y hace inviable la vida en sociedad.¹⁸

Feinberg admite, empero, situaciones en las que el interés del tercero puede ser menoscabado de forma moralmente admisible y lícita, como en el caso de las circunstancias de justificación y exculpación.¹⁹ Junto a ello, hace una distinción entre derechos morales y legales. En su opinión, derechos morales son aquellos que no son siempre exigibles por ley, pero que cuando lo son se convierten también en derechos legales.²⁰ Desde esa perspectiva, solo derechos morales que se presenten, al mismo tiempo, como derechos legales pueden ser exigibles al Estado, que debe garantizar a todos los individuos un patrón mínimo de bienestar. Como consecuencia de la obligación del Estado de asegurar un patrón mínimo de bienestar, cualquier individuo puede oponerse a la vulneración del derecho de bienestar, aunque Feinberg reconoce que es imposible para el legislador identificar qué significa bienestar para cada individuo, ya que cada uno tiene su propia conciencia y personalidad.²¹ Por ello, corresponde al Estado otorgar al sujeto el derecho de elegir lo mejor para su bienestar.²²

Bajo la perspectiva de la libertad de elección, Feinberg admite la posibilidad de que el individuo consienta la frustración de su propio interés. Sustentándose en el principio *volenti non fit iniuria*, es decir, que “no se causa daño a quien consiente”, el autor explica que consentir una determinada conducta significa hacerse parte de ella. En consecuencia, el resultado

¹³ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 04-05, 61.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

¹⁹ *Ibidem*, p. 109.

²⁰ *Ibidem*, p. 110.

²¹ *Ibidem*, p. 112.

²² *Ibidem*, p. 113.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

que se deriva del comportamiento lesivo también es responsabilidad de quien consiente.²³

El principio *volenti non fit iniuria*, con todo, solo puede aplicarse en los casos en que el consentimiento sea completo y voluntario. Esto significa que solo opera cuando no concurren amenaza, fraude o manipulación, es decir, ocultación o alteración de datos importantes relativos al hecho. Si el consentimiento fuese deficiente, la intervención en la esfera de la libertad del individuo sustentada en el principio del daño (*harm principle*) estará justificada, lo que complementa el postulado *volenti non fit iniuria*.²⁴ De acuerdo con este planteamiento, una persona solo puede ser considerada víctima cuando sufre un daño no consentido realizado por un tercero.²⁵ En consecuencia, nadie es víctima de su propia conducta, aunque le perjudique, y lo propio sucede con los daños que provienen de comportamientos de terceros respecto de los que existió consentimiento válido. Por ello, Feinberg entiende que es posible la existencia de un delito sin víctima, bien en los casos en que el resultado lesivo solo afecta a quien cometió la conducta, bien en aquellos en que existe consentimiento válido sobre los peligros producidos por el comportamiento de un tercero.²⁶

En 1985, Feinberg publicó el segundo volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law*, titulado "*Offense to others*". En esa obra pretende analizar el concepto de "ofensa" e indicar sus consecuencias para el derecho penal. Feinberg desarrolla el concepto del *offense principle*, principio de la ofensa, que no se confunde con el *harm principle*,²⁷ y permite al legislador conminar infracciones que, aunque no se supongan la verificación de un daño, son suficientemente serias como para exigir una prevención eficiente y necesaria.²⁸ Sus penas, no obstante, deben ser menos graves que en el caso de los daños, dándose preferencia a la multa en vez de a la prisión y, en el caso de

la prisión, con una duración de días, no de meses o años.²⁹ Además, este tipo de intervención penal debe seguir algunos criterios; en primer lugar, corresponde analizar si concurren la seriedad, la razonabilidad y el interés social. En segundo lugar, la intervención debe depender de la extensión y duración del menoscabo, del valor social de la restricción de la conducta infractora, de la eficacia de la norma para disminuir o evitar la ofensa, etc.³⁰ Feinberg describe seis grupos de casos en los que una molestia –situaciones concretas que generan incomodidades para los individuos– puede caracterizarse como ofensa. El primero es el ataque al sentido común. El segundo es el disgusto o la reprobación. El tercero es la colisión con los sentimientos morales, religiosos o patrióticos. El cuarto es la vergüenza o la ansiedad. El quinto es la irritación, la incomodidad y la frustración. El sexto es el miedo, la humillación, el resentimiento y la rabia.³¹

El derecho a la privacidad surge, por lo tanto, como protección relevante de los individuos frente a las situaciones indeseables. Según Feinberg, el derecho a la privacidad puede sintetizarse como el derecho de estar solo, pero también se caracteriza por la no interferencia de tercero en la elección del individuo que opta por estar solo.³² La extensión de la privacidad y de la autonomía personal se vuelve, en consecuencia, uno de los principales problemas legislativos cuando se considera qué conductas ofensivas merecen alcanzar rango penal, ya que la criminalización de un comportamiento es la forma más violenta de intromisión del Estado en la vida del individuo.³³

Feinberg defiende que, atendidos algunos requisitos, la seriedad de la ofensa se ve confirmada. El primero de ellos es la duración del repudio que genera la conducta, así como su extensión general entre los individuos que tienen un nivel de tolerancia medio. El segundo se refiere a la facilidad de evitar situaciones ofensivas. El tercero consiste en saber si el

²³ *Ibidem*, p. 115.

²⁴ *Ibidem*, p. 116.

²⁵ *Ibidem*, pp. 117-118.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Feinberg, Joel. *Offense to others*. New York: Oxford University Press, 1985, p. 01.

²⁸ *Ibidem*, p. 02.

²⁹ *Ibidem*, p. 04.

³⁰ *Ibidem*, pp. 07-10.

³¹ *Ibidem*, pp. 10-13.

³² *Ibidem*, pp. 22-24.

³³ *Ibidem*, p. 24.

individuo ofendido asumió, de algún modo, el riesgo de la ofensa, ya que el principio *volenti non fit iniuria* incide tanto sobre el principio del daño (*harm principle*) como sobre el principio de la ofensa (*offense principle*).³⁴ La seriedad de la ofensa también varía en función del alcance de la conducta, entendida conforme a un patrón medio de tolerancia. De este modo, en caso de que se constate que un comportamiento puede constituir una ofensa para cualquier individuo que lo presencie, habrá motivos para que la ley prevea una prohibición de carácter universal.³⁵

La seriedad de una ofensa puede determinarse por: a) su magnitud, en el sentido de intensidad, duración y extensión; b) su evitabilidad razonable, esto es, que no exigiría gran esfuerzo; c) su voluntariedad, es decir, hasta qué punto el ofendido colaboró con la conducta ofensiva; d) su tolerancia normal, lo que excluye del análisis a los individuos que huyen del patrón de normalidad. La tolerancia de la ofensa no es, para Feinberg, un criterio válido, ya que cada individuo tiene su propio nivel de sensibilidad y tolerancia, que no puede determinarse por parte del Estado.³⁶ La razonabilidad de la ofensa exige, en primer lugar, la importancia del comportamiento para quien lo realiza, lo que significa que cuanto más relevante sea para el agente lograr sus propósitos, más razonable debe considerarse su ofensividad. En segundo lugar, es necesario verificar el valor social de la conducta. Cuanto mayor sea la utilidad social del comportamiento llevado a cabo, mayor será su ofensividad. En tercer lugar, debe analizarse si la ofensa se derivó de una expresión libre, no en el sentido de la propia opinión, ya que esta no reúne una ofensividad susceptible de prohibición, sino en el de la manera en que se externalizó. En cuarto lugar, es necesario examinar las oportunidades del comportamiento del individuo, puesto

que cuan menores fuesen las posibilidades de actuar de otro modo menor peso tendrá la ofensa. En quinto lugar, debe ponderarse si la maldad fue el motivo que condujo al individuo a realizar el comportamiento considerado ofensivo.³⁷ En sexto lugar, se impone el examen de la naturaleza de las expectativas comportamentales del lugar en el que se llevó a cabo la conducta, ya que cuanto más frecuente sea su realización en el lugar en que ocurrió menor será el grado de ofensividad. No debe perderse de vista que Feinberg enfatiza que las meras molestias no poseen un grado de ofensividad suficiente como para legitimar una intervención penal, de modo que, por no ser alcanzadas por el principio de la ofensa, deben solucionarse de otro modo.³⁸

Feinberg publicó el tercer volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law* en 1986, con el título de “*Harm to Self*”. En esa obra se desarrolló su definición del paternalismo, exponiendo las circunstancias en la que estaría justificado.³⁹ Partiendo del concepto de liberalismo, Feinberg compara los significados del término paternalismo con otros principios limitadores de la libertad de comportamiento, y concluye que solo el *harm principle* y el *offense principle* presentan motivos suficientemente sólidos y relevantes para la coerción penal del Estado.⁴⁰ El autor sostiene que en un Estado liberal ningún otro principio limitador de la libertad tiene la propiedad moral necesaria para legitimar la intervención del derecho penal, y distingue dos grandes clases de paternalismo: paternalismo presumiblemente reproable, y paternalismo presumiblemente no reproable. El primero es aquel en el que se trata a los adultos como niños, o se trata a los niños de mayor edad como si fuesen más pequeños, con el objetivo de lograr el bien del propio individuo. Todo ello con independencia de que el individuo protegido

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 27.

³⁶ *Ibidem*, p. 42.

³⁷ *Ibidem*, p. 44.

³⁸ *Ibidem*, pp. 90-94.

³⁹ En Brasil, para una comprensión del paternalismo jurídico, vid. Carvalho, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. n. 12, v. 7, 2010, 177-211; Carvalho, Érika Mendes de y Carvalho, Gisele Mendes de. Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. En: Borges, Paulo César Corrêa (ed.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013, pp. 61-91; Estellita, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*. n. 179, v. 15, 2007, pp. 17-19; Silveira, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. *Boletim IBCCRIM*. n. 166, v. 14, 2006, pp. 7 y 8.

⁴⁰ Feinberg, Joel. *Harm to self*, op. cit., p. 03.

quiera recibir tal tratamiento, lo que el autor denomina paternalismo benevolente. Con todo, en caso de que se pretenda lograr, además del bien del individuo protegido, el bien de terceros, con independencia de su deseo, se estaría ante el llamado paternalismo no benevolente. Por lo demás, el paternalismo presumiblemente no reprochable es el que se refiere a la defensa de personas relativamente vulnerables a peligros externos, incluyendo lesiones de otros individuos en las que el protegido no consiente voluntariamente, como en el caso de la protección de los padres respecto de sus hijos menores.⁴¹

Feinberg afirma que el presupuesto para caracterizar un acto como paternalista es su orientación al bien del individuo, con independencia del deseo de ser protegido.⁴² A partir de este punto, presenta clasificaciones de leyes paternalistas. La primera se fundamenta en la especie de conducta que el Estado, por medio de la coerción legal, exige al individuo. De acuerdo con este criterio, el paternalismo se divide en activo y pasivo. El paternalismo activo requiere que el individuo realice un comportamiento orientado a alcanzar un beneficio y a evitar un mal. El pasivo, por su parte, busca un beneficio y la evitación de un mal no por medio de la exigencia de un determinado comportamiento del individuo, sino mediante la prohibición de la realización de una determinada conducta. La segunda clasificación se refiere a la cantidad de objetivos que se pretende alcanzar por medio de la intervención estatal.⁴³ A modo de referencia, si la pretensión de la ley fuese proteger al individuo simultáneamente contra lesiones llevadas a cabo por terceros y por sí mismo o, incluso, lograr otros resultados, se dará el paternalismo mixto o ecléctico —*mixed paternalism*.⁴⁴ Frente a ello, si el objetivo de la norma fuese solamente evitar lesiones consentidas que sean cometidas por otros, o por uno mismo, estaremos ante el

paternalismo genuino o puro —*unmixed paternalism*.⁴⁵ La tercera clasificación se centra en el objetivo que la ley paternalista pretende alcanzar. Si el fin de la restricción de la libertad fuese la mejora de la condición del individuo, se dará el paternalismo de promoción del beneficio, o *benefit-promoting paternalism*.⁴⁶ Por el contrario, si la pretensión de la intervención fuese evitar una lesión al individuo, se dará un caso de paternalismo de prevención de lesión, o *harm-preventing paternalism*.⁴⁷ La cuarta clasificación se centra en las partes implicadas en la norma paternalista. Si una ley paternalista fuese aplicable a las dos partes implicadas, caso en el que un individuo consiente o solicita a otro que le cause una lesión, se da el denominado paternalismo indirecto.⁴⁸ Este tipo de paternalismo está presente cuando una persona solicita o consiente la lesión, y otra actúa para causarla.⁴⁹ En los casos en que la norma paternalista recae únicamente sobre una parte, como v.gr. la obligación de usar un cinturón de seguridad en los coches, se llama paternalismo directo, ya que el bien que se busca para el individuo no depende de la conducta de otra persona, sino únicamente de aquel al que se pretende proteger.⁵⁰ La quinta clasificación se ocupa de la cualidad del individuo sobre el que incide la restricción de la libertad, lo que caracteriza el paternalismo como rígido o *hard* en las intervenciones penales fundadas en la necesidad de proteger a adultos competentes contra comportamientos consonantes con su voluntad.⁵¹ A pesar de la anuencia de quien sufrirá la lesión, el propósito es evitar consecuencias perjudiciales a los individuos.⁵² Frente a ello, el paternalismo será moderado o *soft* cuando, ante la ausencia de aceptación por parte de quien será lesionado, se previenen comportamientos lesivos o, incluso, si la intervención fuese temporalmente necesaria para determinar la efectiva libertad de la voluntad.⁵³ En consecuencia, Feinberg se

⁴¹ *Ibidem*, p. 05.

⁴² *Ibidem*, p. 07.

⁴³ *Ibidem*, p. 08.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 08 y 09.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 09.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 09 y 10.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 09 y 10.

⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

pregunta si el paternalismo moderado es una verdadera forma de paternalismo o si, por el contrario, sería un principio anti-paternalista.⁵⁴ En esta línea, afirma que, por establecer límites a la aceptación de una intervención penal paternalista, el paternalismo moderado no puede entenderse como una forma completa de paternalismo, sino como un principio de restricción de la libertad que solo se legitima por proteger al individuo de conductas externas e involuntarias, lo que permite considerarlo como una forma de antipaternalismo moderado.⁵⁵

La norma paternalista puede ver modificado con posterioridad su fundamento, es decir, la cualidad básica que la justificó en el momento de su elaboración puede alterarse con el paso del tiempo.⁵⁶ Feinberg explica que las normas paternalistas generalmente presentan varios fundamentos, al margen de la protección del individuo que sufre la restricción, en particular cuando la protección de los intereses de una mayoría está vinculada a la protección de la minoría. Por otro lado, existen circunstancias que se sitúan en el límite entre los intereses del propio individuo y los de terceros, denominadas “umbral de la protección”.⁵⁷ El suicidio de un padre de familia, por ejemplo, puede ser un problema exclusivo del sujeto o de toda la unidad familiar, en caso de que dependa de los ingresos salariales del suicida para sobrevivir.⁵⁸ Del mismo modo, la falta de uso del cinturón de seguridad puede verse como algo que afecta al conductor accidentado o un problema de salud pública, ya que los costes del tratamiento podrían reducirse en caso de evitarse las lesiones más graves.⁵⁹ Por ello, Feinberg afirma que no se puede ser taxativo en el rechazo del paternalismo, o de cualquier otro principio que pretenda restringir la libertad, ya que su legitimidad varía en función de las consecuencias, esto es, de la mayor o menor amplitud del sentido de la lesión.⁶⁰

Para Feinberg, es necesario elaborar una definición de autonomía que no funcione solo como un argumento de equilibrio entre cuestiones en conflicto, sino como un verdadero “triunfo”.⁶¹ A estos efectos, se necesitan argumentos morales más contundentes que el mero “cálculo” del resultado de la eventual lesión y de la interferencia en la libertad.⁶² En este sentido, Feinberg identifica cuatro significados diferentes de autonomía, que están estrechamente relacionados. El primero es la autonomía como capacidad, según el cual el individuo autónomo posee la habilidad de autogobernarse tomando elecciones racionales.⁶³ El segundo se refiere a la autonomía como condición, entendida por Feinberg como el conjunto de virtudes que determinan al individuo al autogobierno.⁶⁴ Estas virtudes son:⁶⁵ 1) imposibilidad del ejercicio de la posesión sobre otro individuo, ya que solo es admisible la posesión sobre uno mismo; 2) autenticidad, entendida en el sentido de que los deseos, voluntades y sentimientos del individuo autónomo son, en general, suyos, de modo que el individuo no funciona como un mero portavoz o representante de otro; 3) autonormación, es decir, la capacidad de crear las propias reglas morales; 4) capacidad de que el individuo tenga, además de preferencias y opiniones que sean auténticamente suyas, convicciones morales y principios genuinamente propios; 5) fidelidad a las propias convicciones, es decir, autenticidad moral que orienta al individuo a ser fiel a sus propios principios en la conducción de su vida; 6) responsabilidad sobre uno mismo; dicho de otro modo, quien hace una elección voluntaria debe responder de sus consecuencias, lo que constituye una idea central de la autonomía. El tercer significado de autonomía consiste en el ideal de un individuo realmente autónomo, con capacidad de autodeterminación completa, y que sea consonante con la exigencia correspondiente a su posición como

⁵⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 23-25.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁶¹ *Ibidem*, p. 26.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, pp. 28-31.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 32-44.

miembro de la comunidad.⁶⁶ El cuarto significado de la autonomía la presenta como un derecho.⁶⁷ Este entendimiento equipara el derecho de autonomía del individuo al de soberanía del Estado. Del mismo modo que no se permite la interferencia en la organización de un Estado, en su cultura o en sus relaciones, salvo en casos extremos —como v.gr. el exterminio de su población civil— nadie puede intervenir en el comportamiento del individuo con la intención de protegerlo, a no ser en situaciones extremas.⁶⁸ Por otro lado, igual que un Estado soberano tiene dominio sobre un ámbito territorial, delimitado por extensión y coordenadas, que no puede invadirse, el individuo tiene dominio sobre su propio cuerpo. No obstante, la soberanía del individuo supera el dominio sobre su propio cuerpo, ya que puede imaginarse su violación sin que se toque realmente el cuerpo, como cuando alguien muestra una escena indeseable, emite un olor desagradable o produce sonidos inconvenientes sin autorización.⁶⁹ La invasión de la privacidad también es una forma de violar la soberanía del individuo sin alcanzar su “territorio”, es decir, su cuerpo. Feinberg cuestiona, en ese caso, cuáles serían exactamente los “límites territoriales” del individuo, ya que el concepto de paternalismo depende del establecimiento de esa frontera, para identificar en qué casos es legítima la interferencia en la libertad individual.⁷⁰

Feinberg se pregunta, igualmente, qué sería el “bien propio” del individuo. La respuesta a la que llega se sustenta en un concepto directamente relacionado con los intereses personales, que varían entre los diferentes individuos.⁷¹ En este punto, el autor aclara que pueden darse cuatro sentidos al “bien propio” del individuo: 1) el derecho de ejercer la autonomía, en la medida en que esta promueva el bien del individuo; 2) el ejercicio de la autonomía debe respetarse aunque se produzca alguna forma de lesión al individuo, en especial, cuando la intervención sobre la libertad sea más perjudicial que la propia lesión; 3)

con independencia del perjuicio que pueda causar, la manifestación de la autonomía individual es más importante que el propio bienestar del individuo; 4) en los casos en que el interés del individuo y el ejercicio de su autonomía no coincidan, debe decidirse intuitivamente qué será mejor para el sujeto, de modo que no existe, en principio, un criterio de prioridad, ni en relación con su autonomía ni con su bienestar.⁷²

Cabe señalar que la soberanía del individuo debe respetarse dentro de ciertos límites, que se ven representados por los casos de vicios de la voluntad. La primera posibilidad de vicio de la voluntad es la compulsión, es decir, la conducta que, como consecuencia de un impulso, lleva al individuo a asumir un riesgo sin una mínima reflexión. El segundo caso es la coerción, que consiste en una presión externa sufrida por el individuo. El tercero se refiere a perturbaciones psicológicas, como neurosis, inhibiciones, obsesiones, entre otras. El cuarto es el error, que puede provocarse —o no— mediante engaño.⁷³

El cuarto y último volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law* fue publicado por Feinberg en 1988, con el título de *Harmless wrongdoing*. En este volumen se estudia la legitimidad de la criminalización de comportamientos que, siendo moralmente injustos, no producen lesiones, así como conductas lesivas cubiertas por la regularidad jurídica, como v.gr. el consentimiento del ofendido. Feinberg se refiere a tales casos utilizando el término *wrong*, y su criminalización se ve como moralismo legal, que debe rechazarse por parte de un Estado sustentado en preceptos liberales.⁷⁴ Para Feinberg, el moralismo legal pretende, en términos generales, mantener un medio de vida tradicional, imponer la moralidad, evitar beneficios injustos y perfeccionar el carácter humano, mientras que, en términos estrictos, incluye la imposición, por medio de la norma, de un determinado tipo de moralidad.⁷⁵ Feinberg diferencia el moralismo legal entre puro e impuro. El primero consiste en la imposición

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 44-47.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 49-51.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 52-54.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁷¹ *Ibidem*, p. 57.

⁷² *Ibidem*, pp. 57-62.

⁷³ *Ibidem*, pp. 189-228.

⁷⁴ Feinberg, Joel. *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1986, pp. XXVII-XXIX.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 03-05.

de una prohibición respecto de un comportamiento que se considera en sí mismo equivocado, mientras que el segundo comporta una prohibición que intenta evitar otros tipos de daños, además de la inmoralidad correspondiente.⁷⁶ Hay un cierto número de casos en los que el moralismo legal tiene cuantiosos defensores. Incluso aunque opere como un principio limitador de la libertad en casos de conductas no lesivas o inofensivas, es posible que un determinado mal suscite una desaprobación general. En estos casos, concurren razones para criminalizar tales comportamientos, lo que hace más difícil cuestionar las opciones políticas de la mayoría.

Con todo, Feinberg señala que el derecho penal no puede intervenir respecto de comportamientos inmorales que no susciten la reprobación del propio ofendido, aunque en determinadas situaciones un patrón de estilo de vida se ve amenazado de tal modo que su criminalización se vuelve legítima. Son casos en los que las conductas inmorales pueden transformar las estructuras de toda una sociedad, lo que constituye un mal en sí mismo, y fundamentan prohibiciones que constituyen, en realidad, formas de moralismo puro.⁷⁷ Feinberg afirma que las transformaciones sociales son positivas y contribuyen al desarrollo de una comunidad, pero no pueden tolerarse conductas malvadas que afectan inesperadamente a las expectativas de los individuos,⁷⁸ ya que los miembros de una comunidad se identifican sólidamente con sus reglas, y los valores de la comunidad integran la propia identidad de sus componentes.⁷⁹

De acuerdo con el autor, en los casos en que los intereses del individuo difieren de los de la mayoría, esos intereses deben respetarse en la medida en que no entren en conflicto con los valores fundamentales de la sociedad.⁸⁰ La razón de ello es que vulnerar un interés de la sociedad equivale a vulnerar indirectamente los intereses de las demás personas que son miembros de esta sociedad, lo que permite al Estado prohibir tales comportamientos.⁸¹ No obstante, no

puede proscribirse cualquier interés contrario a los de la sociedad, sino solo el que produzca un menoscabo moral. Dicho de otro modo, se trata de una moralidad entendida como sistema de normas racionales aplicable a cualquier nación y comunidad, que puede presentarse incluso como un patrón para la crítica de las normas convencionales establecidas en determinado marco temporal, o en la propia comunidad de pertenencia.⁸² Del mismo modo, Feinberg defiende la criminalización de la explotación de un individuo por parte de otro.

El término explotación se entiende como la relación en que un individuo “manipula” o “utiliza” a alguien por medio de la fuerza, o se aprovecha de alguna debilidad del explotado.⁸³ Con base en esta definición, Feinberg defiende la reprobación de quien coacciona o manipula a la víctima, mediante abuso de confianza o aprovechamiento de circunstancias de necesidad o de debilidades individuales, de modo que el explotador actúa como un parásito, explotando las fuerzas de otros individuos sin tener necesariamente que lesionarlos, pero haciendo de los beneficios derivados de esa forma de actuar su medio de vida.⁸⁴

Feinberg describe diferentes formas en la que puede presentarse la explotación. Un individuo puede explotar a otro sin causarle un menoscabo o una lesión, como v.gr. una mujer que seduce a un hombre para que atienda a sus deseos, lo que no significa explotación en sentido peyorativo. La explotación en sentido peyorativo se da cuando un individuo explota a otro para obtener un beneficio injusto y le causa un perjuicio, aunque el explotado consiga —aparentemente— algún beneficio. También hay explotación, en sentido peyorativo, cuando el agente emplea coerción, fraude, manipulación, cuando abusa de una condición de desigualdad o de generosidad, o cuando manipula un acto benevolente, pone una trampa a la víctima o la pone en una condición de sumisión. La prohibición de la sumisión, de acuerdo con Feinberg, está legitimada por el moralismo legal en sentido

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 08 y 09.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 35-38.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 67-80.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 118-120.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 173.

⁸³ *Ibidem*, pp. 177-179.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 195.

estricto, ya que constituye un perjuicio que merece combatirse.⁸⁵

Feinberg apunta que el principio de la explotación surge como última esperanza de los moralistas para legitimar la criminalización, en el marco de un Estado liberal, de comportamientos considerados no lesivos o no ofensivos. La razón de ello es que la injusticia del beneficio obtenido en perjuicio del individuo explotado autorizaría la prohibición de la conducta del explotador por el moralismo legal en sentido amplio. Aunque el comportamiento del explotador no puede ser, por sí mismo, considerado criminal, conforme a los criterios del moralismo en sentido estricto, Feinberg destaca que puede criminalizarse como consecuencia del resultado injusto que de él se deriva, y que se ve alcanzado por el moralismo en sentido amplio. En este punto, Feinberg justifica la criminalización de conductas que, aunque no sean lesivas u ofensivas, se consideran injustas desde una perspectiva ética.⁸⁶

4. Críticas a la doctrina de Joel Feinberg

A pesar de la valiosa contribución de Feinberg a la discusión sobre los límites del Derecho Penal, su obra ha generado sólidas divergencias. En un sentido crítico con sus ideas, Holtug considera imposible especificar una versión plausible del principio del daño (*harm principle*), en caso de que el concepto de daño se centre en el bienestar del individuo, es decir, en la idea de que la vida del sujeto afectado empeora como consecuencia de la conducta realizada.⁸⁷ En su opinión, la elección sobre el *quantum* de bienestar que se requiere para quedar al margen del límite del sufrimiento es arbitraria.⁸⁸ Holtug considera igualmente problemático conceptualizar la lesión con base en la variación del bienestar, ya sea en términos de reducción, ganancia o pérdida de bienestar, aunque se

preste atención a la noción de bienestar positivo como estado mental agradable, y de bienestar negativo como estado mental desagradable.⁸⁹ En el caso de disminución del bienestar —cuando se considere la situación personal específica en el momento del hecho— puede suceder que el individuo no sufra una disminución relevante de su bienestar, si v.gr. ese *quantum* de bienestar ya era previamente reducido.⁹⁰ Por otra parte, si se considerase una disminución tomando como referencia la situación de debería ser “normal” para el ser humano, podría concluirse que, a pesar de que el individuo haya sufrido una lesión con la consiguiente reducción de su bienestar, aún estaría mejor que antes. En tal sentido, basta con que su nivel de bienestar ya esté previamente por debajo del límite adecuado a la situación “normal” del ser humano y que, a pesar de que haya mejorado, aún continúe siendo inferior a ese límite.⁹¹

Holtug rechaza una definición de lesión con base en una cualidad de bienestar evaluada de acuerdo con los intereses del individuo,⁹² es decir, sus deseos y objetivos. La razón de ello es que considera posible tanto legitimar la intervención del Estado en situaciones que no contradigan un deseo u objetivo personal,⁹³ cuanto declarar la ilegitimidad de la intervención en determinados casos de contradicción real de sus intereses, como en el supuesto de la publicación del libro “Versos satánicos” del escritor Salman Rushdie, que puede considerarse como vulneradora de intereses, esto es, de los deseos y objetivos de los musulmanes de promover sus creencias religiosas en la sociedad.⁹⁴

Holtug entiende que admitir un concepto moral de lesión implica la necesidad de incorporar una teoría moral compatible con, y capaz de justificar, el *harm principle*, sobre todo porque será preciso verificar si, bajo esta perspectiva, la lesión afecta derechos deontológicos o consecuencialistas.⁹⁵ En este sentido, Holtug añade que no puede asumirse como una versión

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 200-210.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 223-230.

⁸⁷ Holtug, Nils. *The harm principle, Ethical Theory and Moral Practice* 5, n. 4. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 365.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 366.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 364.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 369.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, p. 373.

⁹³ *Ibidem*, p. 374.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Idem*.

interesante del principio del daño, o incluso como una versión más, la que considera que el Estado solo puede intervenir en la vida del individuo contra su voluntad si con ello maximiza la utilidad.⁹⁶ El autor advierte que hay que ser precavidos a la hora de sostener una versión utilitarista del *harm principle* con base en el argumento de que el Estado solo puede interferir en la vida del individuo contra su voluntad cuando tal interferencia sirva para prevenir o reducir la probabilidad de vulneración de derechos que otras personas tendrían, en caso de darse un proceso optimizado de decisión.⁹⁷ Entre estos derechos estarían, por ejemplo, el de no ser asesinado, injuriado, robado, etc., de forma que la lesión consistiría en la violación de tales derechos.⁹⁸

Holtug expone que un concepto moralizado de lesión supone que esta implique necesariamente una actuación equivocada, mientras que la violación de los derechos a los que se refiere ese argumento no necesita caracterizarse como una equivocación.⁹⁹ Al margen de ello, tales derechos se seleccionan con base en su capacidad general de promover la utilidad, pero no de promoverla en cada ocasión específica.¹⁰⁰ Con todo, admite que el concepto de un derecho implique una idea moral, de modo que se hable de un concepto de lesión “casi moralizado”.¹⁰¹ Por otra parte, Holtug defiende que no solo se analice el status de los derechos incluidos en esa versión del principio del daño, sino también el correspondiente al propio principio.¹⁰² La razón de ello es que la adhesión al *harm principle* no siempre resulta útil, lo que lo desautoriza como criterio rector desde la perspectiva utilitarista.¹⁰³ Otra alternativa sería pensar el *harm principle* solo como parte de un proceso de decisión, que se justificaría

en la medida en que el Estado promoviese la utilidad de forma más efectiva a partir de su adhesión a ese principio, sin dispensar el uso de otro proceso de decisión.¹⁰⁴ Para Holtug, un proceso de decisión que permita al Estado renunciar ocasionalmente al *harm principle* es probablemente más eficaz en términos utilitarios que un proceso inflexible que incluya solamente tal principio, como ocurre v.gr. en las intervenciones estatales que pretenden prevenir que el individuo se cause graves lesiones a sí mismo.¹⁰⁵ Por lo que hace a la posibilidad de trabajar con un concepto moral de lesión, Holtug critica que ese concepto se justifique a partir de la autonomía del individuo.¹⁰⁶ El autor señala que no parece acertado entender que el Estado solo puede interferir en la vida de un individuo contra su voluntad para prevenir o reducir la probabilidad de que vulnere derechos negativos de otra persona.¹⁰⁷ Holtug explica que cuando un sujeto mata o injuria a otro, vulnera sus derechos negativos.¹⁰⁸ Ese individuo anula los planes y valores de la víctima, es decir, su autonomía.¹⁰⁹ En la medida en que cancela su autonomía, la trata como si fuese un mero instrumento e invade sus derechos, causándole un daño.¹¹⁰

De este modo, como al individuo no se le permite vulnerar los derechos negativos de otra persona, al Estado le corresponde prevenir tales vulneraciones, aunque ello implique tratar al sujeto infractor como un instrumento.¹¹¹ En este caso, el Estado no vulnera los derechos negativos del individuo. La limitación, total o parcial, de dichos derechos se debe a la necesidad de que el Estado coaccione al sujeto infractor, como una forma de prevenir que vulnere los derechos negativos de los demás.¹¹² Con todo, el Estado no puede coaccionar a nadie más que a ese

⁹⁶ *Ibidem*, p. 380.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 381.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 381 y 382.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 382.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 382 y 383.

¹¹² *Ibidem*, pp. 382 y 383.

individuo, ya que fue el único que perdió su derecho de no-intervención.¹¹³ En casos como este, el Estado no vulnera los derechos negativos de ese individuo al coaccionarlo. Holtug argumenta que no es necesario que tales derechos se construyan en el marco de una lectura consecuencialista,¹¹⁴ ya que para justificar la coerción no se requiere una interpretación según la cual la vulneración estatal de los derechos de ese sujeto se compensa con su vulneración de un derecho similar de otro.¹¹⁵ Tan es así, que algunos libertarios construyen derechos negativos a partir de un punto de vista ontológico, señalando que la vulneración de los derechos negativos de una persona para promover el bien común sería tratar a ese individuo como un mero instrumento.¹¹⁶ En consecuencia, desde la óptica de los derechos deontológicos, los libertarios reducen la constelación de casos en que el Estado puede justificar la coerción de los individuos, ya que no está autorizado a vulnerar un derecho individual simplemente para promover un bien.¹¹⁷

Sin embargo, el campo de autoridad del Estado finalmente no se reduce, sino que se extiende. No en vano, si se atribuye a los derechos negativos el status de deontológicos, la intervención del Estado puede justificarse con la idea de prevenir vulneraciones a los derechos negativos, incluso en los casos en que tales vulneraciones se orienten a producir un optimum, es decir, una condición más favorable.¹¹⁸

Por lo demás, Holtug explica que si los derechos deontológicos se interpretasen como absolutos, se acogería un concepto moralizado de daño. No en vano, los derechos deontológicos absolutos llevan a concluir que el Estado solo puede emplear la coacción para prevenir comportamientos maliciosos (*wrongdoings*). Por otra parte, pretender lo contrario, es decir, que tales derechos tengan un límite, significa admitir que, en determinados casos, aunque una persona no haya vulnerado un derecho negativo, el *harm*

principle no excluirá la coerción. Holtug destaca, no obstante, que todavía subsistirá un componente moral en el daño, ya que este siempre implica un comportamiento que, aunque no sea lesivo, será al menos perjudicial.¹¹⁹

Holtug sostiene, en consecuencia, que si los derechos negativos se establecen para proteger la autonomía, es posible explicar las razones por las que un Estado paternalista es inadmisibles. Al coaccionar a una persona, incluso aunque sea para proteger sus intereses más valiosos, el Estado anula sus deseos y, con ello, la trata como un mero instrumento. Holtug aclara que si la autonomía personal es un valor tan sensible, debe reforzarse no solo mediante el respeto a los derechos negativos, sino también a los positivos, ya que, para que el individuo organice su vida de acuerdo con sus propios planes y valores, deben garantizarse las condiciones de vida necesarias, en caso de que el individuo no pudiese garantizarlas por sus propios medios.¹²⁰ Por ello, los derechos negativos, afirma Holtug, solo conforman la mitad del marco de referencia.¹²¹

Holtug llega a la conclusión de que un sentido del daño centrado en el bienestar, en la cantidad de bienestar, en el bienestar negativo, en las disminuciones del bienestar, en las cualidades del bienestar, o en la introducción de un componente moral, no es suficiente para llegar a una versión plausible del principio del daño.¹²² El autor admite que no se excluye la posibilidad de que el *harm principle* ejerza, de alguna forma, un papel en la moralidad como parte de un proceso de decisión, lo que sería mucho más limitado que el rol que le atribuyen habitualmente sus proponentes.¹²³

Holtug no ha sido el único que ha expresado sus reservas en relación con el pensamiento de Feinberg. También Von Hirsch destaca sus puntos débiles, en especial por lo que se refiere a su tendencia subjetivista. De acuerdo con Von Hirsch, el pensamiento de

¹¹³ *Ibidem*. p. 383.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 383 y 384.

¹²¹ *Ibidem*, p. 384.

¹²² *Ibidem*, p. 387.

¹²³ *Idem*.

Feinberg califica como ofensivas determinadas conductas con base únicamente en la percepción social de que se trata de comportamientos dañinos, es decir, en el mero sentimiento de rechazo por parte de los miembros de la comunidad. Esto produce una falta de criterios que permitan cualificar como injusta la provocación de esos sentimientos de rechazo.¹²⁴ Para Von Hirsch, lo importante no es limitarse a la mera verificación de sentimientos de rechazo, sino que hay que recurrir también a la existencia de una base normativa que permita afirmar que esos sentimientos no pueden despertarse en otras personas.¹²⁵ En efecto, en determinadas circunstancias, esas conductas constituyen una falta de consideración o de respeto, pero no pueden clasificarse como *harm*, es decir, como daño, aunque puedan servir como fundamento para la criminalización de conductas.¹²⁶

Kahlo, por su parte, está en desacuerdo con Feinberg por lo que se refiere a los fundamentos metodológicos. Entiende que Feinberg parte de convicciones y representaciones morales que asume como reconocidas y predominantes en la sociedad, y ni siquiera recurre a los presupuestos teóricos de la concepción de Stuart Mill. De hecho, cuando la cita expresamente es para manifestar que no la está siguiendo, y que el desarrollo de su planteamiento es compatible con todos los teoremas jurídicos posibles, desde el utilitarismo hasta las concepciones de Kant y Rawls.¹²⁷ Ello lleva a Kahlo a concluir que la concepción de Feinberg, ya desde una perspectiva metodológica, es poco convincente y, por ello, científicamente inconsistente, ya que sus puntos de vista carecen de fundamento y de sustento argumentativo.¹²⁸

Otro autor que se muestra en desacuerdo con la doctrina de Feinberg es Ripstein, que propone el principio de la soberanía (*sovereignty principle*) en lugar del *harm principle*. Parte de la concepción de la libertad, que denomina “libertad como independencia”. Según esta concepción, una persona es libre si es independiente, es decir, si tiene medios para

decidir qué es mejor para ella misma y para usar sus facultades. En la medida en que otra persona decida por ella, se vuelve dependiente, y su soberanía queda comprometida.¹²⁹ Esa concepción, de cuño liberal, desautoriza la intervención del Estado cuando los comportamientos humanos no comprometan la libertad de los demás, incluso aunque sean autolesivos, o heterolesivos con consentimiento del ofendido.

En consecuencia, puede comprobarse que la doctrina de Feinberg no es inmune a las críticas y presenta ciertas carencias, lo que no significa que todos los cuestionamientos sean dignos de consideración. La crítica de Von Hirsch, por ejemplo, según la cual la concepción del *harm principle* de Feinberg asume una tendencia subjetivista, que hace que solo algunas conductas sean consideradas como ofensivas, y no delinea criterios que permitan cualificar el injusto, es difícilmente rebatible. Con todo, la crítica se hizo sin tener en cuenta el carácter selectivo del derecho penal que, como sistema jurídico, materializa una decisión política. Cabe señalar que las concepciones de bien jurídico, a las que se ha hecho ya referencia, y el propio proceso de criminalización primaria, padecen el mismo mal señalado por Von Hirsch. En realidad, esperar que el *harm principle* cumpla por sí solo la tarea de limitar el poder criminalizador del legislador, algo que la sofisticada dogmática jurídico-penal de matriz romano-germánica tiene enormes dificultades para lograr por sí misma, significa esperar demasiado de sus capacidades y malinterpretar el papel que puede jugar en las discusiones que se dan en nuestro sistema.

5. El *harm principle* y la teoría del bien jurídico: distinción, semejanzas y posibles interconexiones

La comprensión del *harm principle* exige distinguir el sistema de *Common Law* del sistema romano

¹²⁴ Von Hirsch, Andrew. Concepto de bien jurídico y el “principio de daño”, en Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 49.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ Kahlo, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría, op. cit.*, p. 60.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 60 y 61.

¹²⁹ Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 68-70.

-germánico. Este último fundamenta las decisiones de criminalización en la teoría del bien jurídico. Europa continental sigue la tradición romano-germánica de criminalizar comportamientos con la finalidad de tutelar un interés determinado, con independencia de su naturaleza (individual o difusa). Es el sistema, por ejemplo, de las legislaciones española, italiana, portuguesa y de los países de América Latina, como Brasil y Argentina. La principal referencia de la tutela del bien jurídico es la ley escrita, que describe un comportamiento peligroso o lesivo para un determinado interés social. De este modo, se parte de la interpretación de la norma conforme al bien jurídico tutelado, ya que este es el núcleo del concepto material de delito.

Desde las primeras construcciones iniciadas por la Escuela Clásica italiana, hasta las elaboraciones más complejas de la doctrina alemana del s. XX, el bien jurídico se ha entendido, por la mayor parte de los penalistas, como un interés humano que debe protegerse frente a lesiones de terceros.¹³⁰ Desde un punto de vista dogmático, el bien jurídico es el interés tutelado por la norma penal, anterior a la propia prohibición. Extrapolar el contenido de la norma implica exceder el poder punitivo atribuido por el legislador.¹³¹ Desde la perspectiva político-criminal, el bien jurídico delimita el poder punitivo del Estado para atender a la finalidad del derecho penal de proteger los intereses más relevantes frente a daños o peligro de daños, y siempre que otro modo de control social no resulte eficaz. No obstante, por muy relevante que sea el interés, solo tendrá entidad penal si tuviese referencia en la protección de la persona humana.¹³² Cabe recordar, en relación con ello, que el derecho del nacionalsocialismo proclamó un sistema criminal sustentado en la analogía y en el bien

jurídico del sano sentimiento del pueblo.¹³³ En síntesis, el bien jurídico tiene cuatro funciones esenciales: garantizar y limitar el poder punitivo del Estado, interpretar la norma penal, individualizar la pena y sistematizar la ley penal.¹³⁴

Una de las grandes diferencias entre los dos sistemas está en las fuentes. Las fuentes del *Common Law* son las decisiones judiciales y los casos precedentes (*binding precedent o case law*). Las leyes escritas tienen poder de derogar las reglas estipuladas por los precedentes; no obstante, su evolución depende de la capacidad del juez de reflexionar sobre la decisión del precedente y sobre la posible aplicación al caso concreto.¹³⁵ En palabras de Cotterrell,¹³⁶ “el *Common Law* es esencialmente pragmático y, sobre todo, empírico. Está centrado en los casos particulares y busca soluciones que, intuitivamente, son más justas”.

En comparación con el sistema cerrado de tradición romano-germánica, el *Common Law* es un sistema más abierto. Esa apertura permite que el intérprete desarrolle nuevas reglas, de acuerdo con la *ratio decidendi* de los juzgados.¹³⁷ Un caso semejante a otro ya juzgado puede tener una solución igual, parecida o incluso diferente, dependiendo del contexto de los hechos y de las circunstancias en que los casos sucedieron. El *Common Law* permite el cambio y la innovación en el proceso como un todo, enfatizándose la importancia de la continuidad y estabilidad del orden jurídico. El sistema posee una metodología normativa y prescriptiva, por la que el juzgador se sirve de la tradición (casos precedentes) y de los valores aplicados dentro de los límites perseguidos por el sistema normativo. La tradición tiene un carácter decisivo en el *Common Law*, lo que implica un repertorio completo de técnicas de selección, mantenimiento, transmisión y mutación de las decisiones sustantivas: implica una

¹³⁰ Para entender mejor la cuestión del bien jurídico, vid. la compilación de algunos de los trabajos más importantes de la doctrina alemana, traducidos al portugués: Greco, Luis, Tortima, Fernanda Lara (eds.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³¹ Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 274.

¹³² Cf. Lobato, José Danilo Tavares Lobato. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. *Liberdades*. São Paulo: IBCCRIM, v 5, sept/dic, 2010, pp. 55-58; *Direito penal ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 67-71.

¹³³ Hassemer, Winfried; Kargl, Walter. *NomosKommentar - Strafgesetzbuch*. Tomo I. 2ª ed. Kindhäuser, Neumann e Paeffgen (eds). Nomos: Baden-Baden, 2005, p. 156.

¹³⁴ Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1997, pp. 48-49.

¹³⁵ Tinoco Pastrana, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001, p. 37.

¹³⁶ Cotterrell, Roger. *Common Law approaches to the relationship between law and morality. Ethical Theory and Moral Practice*. V. 03. nº 1. 2000, p. 10.

¹³⁷ Soares, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução do direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999, p. 54.

evaluación consciente de lo que sirve (o no) y de lo que debe persistir (o no).¹³⁸

El método del *Common Law*, en su forma tradicional, se sustenta en la imposibilidad de traducir la experiencia de la comunidad en formato normativo, lo que permite que el juez tome en consideración el contexto de la norma, por medio de los testigos, las pruebas y las argumentaciones de los litigantes. En otras palabras, el sistema parte del presupuesto de que la capacidad de rendimiento de la ley es limitada, y nunca se ajustará correctamente a las grandes transformaciones sociales. Para Cotterrell, el método del *Common Law*, a pesar de sus problemas, como consecuencia de su empiricismo ofrece algunas ventajas a la hora de afrontar cuestiones morales contemporáneas, ya que es un sistema jurídico que permite la adaptación de la ley a las complejidades del juicio correspondiente y a las mutaciones de las prácticas morales. El método empírico –caso por caso– puede reconocer la diversidad de las esferas de valores, e impedir la imposición de una “verdad” moral uniforme.¹³⁹ Dicho de otro modo, el sistema del *Common Law* tiene la ventaja de permitir discutir el caso concreto, y modificar el paradigma establecido a las variaciones valorativas de la sociedad.

Con todo, debe haber un límite de actuación bien definido y con reglas claras de jurisprudencia, ya que el juez no puede asumir las funciones de juzgar y legislar simultáneamente.¹⁴⁰ En la actualidad, la teoría del bien jurídico se ve cada vez más influenciada, de forma inconsciente, por parte del sistema del *Common Law*. Puede verse esa recepción, por ejemplo, en el hecho de que la tipicidad requiere cada vez más una conducta efectivamente peligrosa o lesiva, de modo que no basta con que el comportamiento sea formalmente típico. Hoy el análisis de la tipicidad material exige la interpretación de los hechos en conjunto con la norma, esto es, no queda limitado al examen de un mero silogismo entre la descripción típica y el hecho. El riesgo efectivo para el bien jurídico debe tomarse

en consideración para la formación de la propia tipicidad.

Como explica Kahlo, el *harm principle* no es una categoría equivalente al concepto de bien jurídico. El bien jurídico se describe como un concepto relacional, como una relación considerada positiva, valiosa, con un bien, algo que está entre una realidad y un sujeto. Tal relación se orienta sustancialmente a la realización de la libertad externa de la persona como sujeto de derecho, es decir, de su autonomía, que no puede desarrollarse en una relación separada y exclusiva del individuo consigo mismo, sino que viene determinada e influenciada por las relaciones con otras personas. En este sentido, las acciones de esas otras personas pueden respetar la relación entendida como bien jurídico y, con ello, al portador de ese bien, pero también pueden atacarla mediante actos lesivos o peligrosos y, en tal medida, contrarios a Derecho.¹⁴¹ El *harm principle* se contempla, entonces, como uno más de los presupuestos que otorgan legitimidad a la criminalización, que ni siquiera se requiere para justificar la prohibición penal de una conducta. Con todo, Kahlo señala que el *harm principle* se ocupa de estados lesivos, de forma que su base positiva, concebida expresamente por Feinberg bajo la noción de interés, puede equipararse a la teoría del bien jurídico, pero para ello es necesario definir de manera más precisa y selectiva el concepto de interés, a los efectos de posibilitar una función crítica del *harm principle*.¹⁴² En realidad, en el lenguaje jurídico anglo-americano está ausente un concepto que funcione como sinónimo de bien jurídico, es decir, un concepto que alcance el ámbito de la legitimación.¹⁴³ Esa ausencia ha llevado a este sistema jurídico a elaborar diferentes principios que puedan servir como criterio de evaluación de la legitimidad de las normas penales.¹⁴⁴ En consecuencia, estos principios se presentan como un filtro de legitimación que, en términos generales, alcanza a todas las normas de derecho penal y parte del presupuesto de que un comportamiento

¹³⁸ Hutchinson, Allan C. *Evolution and the Common Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. pp. 04-06.

¹³⁹ Cotterrell, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

¹⁴⁰ Posner, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. London: Cambridge, 1999, p. 91.

¹⁴¹ Kahlo, Michael, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴² *Ibidem*, p. 61.

¹⁴³ Seher, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. En: Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría...cit.*, p. 78.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 78.

solo puede ser merecedor de pena cuando constituya un injusto.¹⁴⁵

Por otra parte, Von Hirsch sostiene que, cuando se entiende el concepto de daño o lesión, que es central para el *harm principle*, como el perjuicio a un recurso sobre el que una persona tiene una pretensión o un derecho, se incluyen en esa definición los diversos aspectos que el debate de la doctrina alemana otorga al concepto fundamental de bien jurídico, de modo que sería posible construir a partir del *harm principle* algo semejante a un bien jurídico.¹⁴⁶ La derivación del bien jurídico a partir del *harm principle* podría contribuir al debate de la teoría del bien jurídico. Así lo entiende Von Hirsch, que argumenta que la definición del *harm* to others como una interferencia en los recursos sobre los que otras personas tienen pretensiones o derechos, sirve tanto para constituir como para limitar el concepto de bien jurídico.¹⁴⁷

Como el *harm principle* parte de que los daños debe entenderse como perjuicios a los intereses de otro individuo, la lesividad a otras personas debe verse a partir de una perspectiva individualista, como lesiones a personas de carne y hueso.¹⁴⁸ Cabe señalar que, aunque sea evidente esa prioridad de los intereses individuales, el *harm principle* permite la prohibición de conductas colectivamente lesivas, pudiendo abarcar conductas lesivas de bienes jurídicos colectivos sin dejar de exigir que la ratio de esos bienes colectivos se sustente en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, ya que la prioridad son los intereses personales.¹⁴⁹ Ese énfasis en la lesión a los intereses de terceros, afirma Von Hirsch, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el perjuicio a los intereses de terceros y a los intereses del propio agente, distinción también reconocida dentro de la teoría del

bien jurídico –aunque no se le haya prestado suficiente atención–,¹⁵⁰ como ocurre, por ejemplo, en la discusión sobre la criminalización de las drogas, en donde los daños para la salud que se derivan del consumo de estupefacientes son autoinfligidos por los propios consumidores y tienen poco que ver con la causación de un perjuicio a intereses de terceros.¹⁵¹

Sobre la posibilidad de legitimar las normas penales a partir de los principios, Seher apunta que el debate jurídico-penal actual espera demasiado del bien jurídico.¹⁵² No llega a defender que se abandone tal noción, ya que la considera una herramienta adecuada, por su función crítica.¹⁵³ No obstante, entiende equivocada la concepción habitual que parte de la noción de bien jurídico como “algo” determinado,¹⁵⁴ de modo que la legitimación de las normas penales debe establecerse en función de proteger ese “algo”.¹⁵⁵ En su opinión, el procedimiento debe darse de manera inversa, en el sentido de que, una vez propuesta la protección penal de un determinado hecho, que puede ser un interés, un recurso, un valor, etc., debe demostrarse, plausiblemente, mediante principios éticos de carácter crítico, que ese hecho merece protección.¹⁵⁶ Si se confirma tal merecimiento, se podrá afirmar, como conclusión de esa argumentación fundada en principios, que ese hecho constituye un bien jurídico en el sentido del derecho penal.¹⁵⁷ Seher aclara que el concepto de bien jurídico no debe ser un instrumento de legitimación de normas, sino un producto de esos principios,¹⁵⁸ y explica que tal posición no priva de valor al bien jurídico, sino que hace más precisos sus contornos. A partir de estos presupuestos, el bien jurídico puede entenderse como un hecho, sea materializado en un interés, en un recurso o en un valor reconocido legítimamente como merecedor de protección

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 78.

¹⁴⁶ Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² Seher, Gerhard, *op. cit.*, p. 91.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 91.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 92.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Idem*.

penal, de acuerdo con una discusión fundada en principios.¹⁵⁹ Seher defiende, en suma, que el concepto de bien jurídico entendido en ese sentido expresa el status jurídico-penal cualificado de determinadas realidades, manteniéndose su contenido crítico.¹⁶⁰

No nos parece, sin embargo, que con ello se impida que el bien jurídico tenga una existencia pre-típica. La enseñanza de Polaino Navarrete, en el sentido de que el entendimiento del bien jurídico debe partir de un sustrato sustancial preexistente al legislador,¹⁶¹ no es completamente incompatible con la concepción de Seher. Por ello, el cambio metodológico propuesto tendría una mayor capacidad de rendimiento si también se exigiese el sustrato sustancial pre-típico, por muy sólidos que sean los fundamentos argumentativos del legislador para criminalizar determinados comportamientos.

Sin llegar al mismo nivel argumentativo que Seher, que asume la legitimación de normas basada en principios, Roxin observa que la idea de Feinberg de que las simples violaciones a la moral, así como las autolesiones, y sus respectivos efectos, no deben criminalizarse, es semejante a la idea presente en el concepto de bien jurídico.¹⁶² Para Roxin, la concepción de Feinberg de que el principio de ofensa u *offense principle*, entendido como afectación que está por debajo del nivel del daño y que solo puede criminalizarse de acuerdo con presupuestos específicamente cualificados, presenta una diferenciación que se aproxima a los puntos de vista suscitados en el debate en relación con la protección de los sentimientos y el concepto de bien jurídico.¹⁶³ Esas conexiones conducen a Roxin a entender que los estudios sobre el bien jurídico no pueden desatender los trabajos desarrollados en el derecho anglo-americano.¹⁶⁴

6. Conclusión

La distancia entre el sistema de *Common Law* y el europeo continental ha ido reduciéndose progresivamente en las diferentes esferas del saber jurídico.

Cada vez más, ambos sistemas se alejan de sus modelos utópicos. Se vive un momento en el que hay influencias directas e indirectas recíprocas. Por lo que hace al debate de esta investigación, en el seno de la doctrina ius-filosófica europea ya ha surgido la idea de que el diálogo entre los diferentes modelos se hace necesario, como forma de avanzar en la construcción de una estructura jurídica que racionalice el poder punitivo del Estado. Aunque la doctrina anglosajona busque el diálogo en menor medida, por razones pragmáticas, el sistema de *Common Law* se ha ido adaptando. En otras palabras, es un camino que debe recorrerse, irremisiblemente. En este sentido, conocer la obra de Feinberg y las críticas que se le han formulado es un buen comienzo para hacer avanzar el debate sobre el bien jurídico, cuya interpretación crítica se encuentra en crisis y demanda una urgente reformulación, para que pueda establecer límites claros al poder de incriminar del legislador y enfrentar el actual movimiento de expansión sin criterios del derecho penal.

7. Bibliografía

- Carvalho, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. n. 12, v. 7, 2010, 177-211.
- Carvalho, Érika Mendes de; Carvalho, Gisele Mendes de. “Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”. En: Borges, Paulo César Corrêa (ed.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013, pp. 61-91.
- Cotterrell, Roger. “Common Law approaches to the relationship between law and morality”. *Ethical Theory and Moral Practice*. Vol. 03, n. 1, 2000.
- Dworkin, Gerald. Paternalism. En: Feinberg, J.; Gross, H., (eds.) *Philosophy of Law*. Encino: Dickenson Publishing. 1975, pp. 230-239.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 92.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ Polaino Navarrete, Miguel. *El Injusto Típico en la Teoría del Delito*. Mave Editor: Buenos Aires, 2000, p. 335.

¹⁶² Roxin, Claus, *op.cit.*, p. 55.

¹⁶³ *Ibidem*. p. 55.

¹⁶⁴ *Idem*.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

- _____, "Positive and negative freedom", en AU-
DI, Robert. *Cambridge Dictionary of Philosophy*.
Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Estellita, Heloisa. "Paternalismo, moralismo e direi-
to penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito
positivo". *Boletim IBCCRIM*. n. 179, v. 15, 2007,
pp. 17-19.
- Feinberg, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford.
1984.
- _____, *Offense to others*. New York: Oxford. 1985.
- _____, *Harm to self*. New York: Oxford. 1986.
- _____, *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford.
1987.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8ª ed. 2004.
- Greco, Luis, Tortima, Fernanda Lara (eds.). *O Bem
Jurídico como Limitação do Poder Estatal de In-
criminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Hassemer, Winfried; Kargl, Walter. *NomosKommen-
tar – Strafgesetzbuch*. Tomo I. 2ª ed. Kindhäuser,
Neumann e Paeffgen (eds.). Nomos: Baden-Ba-
den, 2005.
- Holtug, Nils. "The harm principle". En: *Ethical
Theory and Moral Practice* 5, n. 4. Dordrecht:
Kluwer Academic Publishers, 357-389, dic. 2002.
- Hutchinson, Allan C. *Evolution and the Common
Law*. New York: Cambridge University Press.
2005.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Lehr-
buch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin:
Duncker & Humblot, 1996.
- Kahlo, "Sobre la relación entre el concepto de bien
jurídico y la imputación objetiva en derecho penal.
En: Hefendehl, Roland. (ed.) *La teoría del bien
jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho
penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid:
Marcial Pons, 2007.
- Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos
Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições
70, 2007.
- Lobato, José Danilo Tavares Lobato. *Direito penal
ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curi-
tiba: Juruá, 2011.
- _____, "O meio ambiente como bem jurídico e
as dificuldades de sua tutela pelo direito penal".
Liberdades. São Paulo: IBCCRIM, v 5, sept/dic,
2010.
- Mill, John Stuart. *On liberty* (1859). London/New
York: Penguin Classics, 1985.
- _____, *On Liberty* (1859), Kitchener: Batoche
Books, 2001.
- Polaino Navarrete, Miguel. *El Injusto Típico en la Teo-
ría del Delito*. Mave Editor: Buenos Aires, 2000.
- Posner, Richard A. *The Problematics of Moral and
Legal Theory*. London: Cambridge, 1999.
- Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Consti-
tuição*. São Paulo: RT, 1997.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I. 4ª
ed. München: C.H. Beck, 2006.
- Seher. "La legitimación de normas penales basadas
en principios y el concepto de bien jurídico". En:
Hefendehl, Roland (ed.) *La teoría del bien jurí-
dico. Fundamento de legitimación del Derecho
penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid:
Marcial Pons, 2007.
- Silveira, Renato de Mello Jorge. Tipificação crimi-
nal da violência de gênero: paternalismo legal ou
moralismo penal. *Boletim IBCCRIM*. n. 166, v. 14,
2006, pp. 7 y 8.
- Soares, Guido Fernando Silva. *Common Law: Intro-
dução do direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999.
- Tinoco Pastrana, Angel. *Fundamentos del sistema ju-
dicial penal en el Common Law*. Sevilla: Universi-
dad de Sevilla, 2001.
- Von Hirsch. Concepto de bien jurídico y el "principio
de daño". En: Hefendehl, Roland. (ed.) *La teoría
del bien jurídico. Fundamento de legitimación del
Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*
Madrid: Marcial Pons, 2007.

Webgrafía:

- <http://oxforddictionaries.com/definition/english/> (Ac-
ceso: 20.02.2013)
- <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/>
(Acceso: 20.03.2013)
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary/> (Acce-
so: 20.03.2013)