

# LA VISIÓN UTILITARISTA DEL PRINCIPIO DEL DAÑO COMO FUNDAMENTO DE LA PENA\*

*ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO\*\**



## THE UTILITARIAN VIEW OF THE PRINCIPLE OF HARM AS THE BASIS OF PUNISHMENT

### RESUMEN

El presente artículo pretende resolver el problema: ¿la conjunción entre el principio del daño y el utilitarismo permite justificar las penas? Para arribar a la hipótesis se explora cómo la asunción teórica del principio de daño responde a los fenómenos del moralismo legal y el perfeccionismo ético. Luego, al considerar la pena como una forma de intervención estatal, se hace una correlación entre el principio del daño –o lesividad– con el paternalismo jurídico. Por último, al encontrar al principio del daño como parámetro de criminalización, se propone una lectura utilitarista y consecuencialista del principio de lesividad que, como corolario, determina la justificación de la función preventiva de la pena.

*Palabras clave:* Ética de consecuencias; Moralismo legal; Paternalismo jurídico; Pena privativa de la libertad; Principio del daño; Utilitarismo.

### ABSTRACT

This article addresses the question: Does the conjunction between the harm principle and utilitarianism provide a valid justification for punishment? To explore this issue, it examines

\* El presente artículo de investigación es resultado del proyecto titulado “Estudios transdisciplinarios del derecho. Fase 5”, del grupo de estudios legales y sociales “Phronesis”, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia –cисjuc–.

\*\* Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Director del grupo de estudios legales y sociales Phronesis –Categoría A1 Minciencias–. Miembro de la red latinoamericana de metodología de la investigación y enseñanza del derecho; *e-mail* [[oaaguadelo@ucatolica.edu.co](mailto:oaaguadelo@ucatolica.edu.co)], ORCID [<https://orcid.org/0000-0001-5836-3021>].

how the harm principle responds to the phenomena of legal moralism and ethical perfectionism. It then considers punishment as a form of state intervention and correlates the harm principle with legal paternalism. Finally, the article proposes a utilitarian and consequentialist interpretation of the harm principle, which leads to the justification of punishment based on its preventive function.

**Keywords:** Ethics of consequences; Harm principle; Legal moralism; Legal paternalism; Punishment; Utilitarianism.

Fecha de presentación: 11 de febrero de 2025. Revisión: 6 de marzo de 2025. Fecha de aceptación: 13 de marzo de 2025.



## I. INTRODUCCIÓN

En 1895 el famoso escritor OSCAR WILDE<sup>1</sup> fue condenado, en la ciudad de Londres, a realizar dos años de trabajo forzado por la presunta práctica de la sodomía, derivada de su aparente homosexualidad. El fundamento legal obró en la denominada *Enmienda Labouchere* con la que, desde 1885, se estimó como conducta delictiva la indecencia grave. A esta tipificación le antecedió la ley de delitos contra la persona de 1861. En esta, el delito de sodomía era penado con cadena perpetua. Pero, con una vigencia anterior a la ley de delitos contra la persona, existió, desde 1534, la ley de sodomía, denominada *buggery act*. Como consecuencia jurídica, la ley de sodomía imponía la pena capital. Antes de la entrada en vigencia de la *buggery act*, los denominados *crímenes homosexuales* solo eran condenados por tribunales eclesiásticos. De esta manera, la *buggery act* fue la primera legislación expedida por el parlamento inglés, que castigaba penalmente los actos de sodomía. A pesar de que en el caso de WILDE podría estimarse que la pena había sido humanizada (trabajo forzado) se puede cuestionar cuál fue el propositivo de declarar punible, durante la vigencia de las tres leyes, los actos de sodomía. La respuesta fue la misma: por la evaluación de una simple inmoralidad en la conducta<sup>2</sup>.

1 Dublin, 16 de octubre de 1854-Paris, 30 de noviembre de 1900.

2 En materia sexual, ha predominado un control político penal sobre el cuerpo que se ha valido de la moralidad para legitimar sus intervenciones, GERMÁN SILVA GARCÍA. "El control penal sobre la sexualidad. Fundamentos, extralimitaciones y limitaciones", en AA. VV. *Memorias XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 1998, pp. 231

Los casos donde la criminalización de una conducta proviene de un simple juicio de inmoralidad no son de manera exclusiva de vieja data<sup>3</sup>. Por ejemplo, Hasta 1999 el artículo 365 del Código Penal chileno, cuya vigencia data de 1874, aplicaba, como consecuencia jurídica, la pena privativa de la libertad para las relaciones sexuales entre

---

a 271. Típicamente, en sociedades tradicionales, los lazos permanentes de pertenencia emotiva, cognitiva y normativa con un grupo de referencia social, conducen a visiones del mundo basados en sistemas de valores, creencias, conocimientos, costumbres, hábitos y tabúes recibidos a manera de legado. En este contexto, predominan narrativas que otorgan sentido a sus acciones y sus vidas, para enfrentar perturbaciones, discontinuidades y rupturas propias de la vida y el mundo, que incluyen sus prácticas y preferencias sexuales. En contraste, para seguir la lógica pragmática utilitarista según la cual nadie puede decirle a otro dónde le talla el zapato que calza, en las sociedades pos-tradicionales, muy diferenciadas y desiguales, impera la premisa que corresponde a cada persona elegir en forma autónoma las disposiciones, actitudes, conocimientos, creencias y valores con las que articulará sus propias narrativas personales y dará sentido a lo que hace, lo que es y puede llegar a ser. Ver BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "Búsquedas de sentido y confianza complementaria en sociedades post-tradicionales", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. XII, n.º 23, enero-junio de 2021, disponible en [<https://nuevospardigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/264/611>], pp. 35 a 52. Este tipo de control se ha trasladado a los ámbitos de reconocimiento de identidad de género y ha permeado ámbitos como el deportivo, en donde la identidad del transgénero repercute en sus posibilidades de competencia dentro de la arena olímpica, entre otras. Ver CLAUDIA KAROLINA GONZÁLEZ CABRERA, JUAN SEBASTIÁN VALENCIA y FERNANDA NAVAS CAMARGO. "Fuerza, resistencia y velocidad: ¿Un impedimento para la justa competencia de los deportistas transgénero y su proyecto de vida digna?", en GONZALO AGUILAR CAVALLO, PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA y ANTONIO MILLA (eds.). *Reflexiones sobre democracia, análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2023, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/369/829/2054>]pp. 111 a 144.

- 3 El enfoque de la moralidad constituye uno de los grandes modelos en la concepción, interpretación e intervención sobre las acciones sociales de interés penal, GERMÁN SILVA GARCÍA y PAMELA TINOCO ORDÓÑEZ. "La justicia restaurativa. Un parangón entre la justicia penal y la transicional", en Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 26, n.º 57, 2024, pp. 483 a 504, disponible en [<https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/26801/23317>]. Los ámbitos de influencia del enfoque de la moralidad no se restringen a los ordenamientos jurídicos hegemónicos. Sus manifestaciones se observan en los órdenes locales impuestos por actores no estatales, como sucedió en las zonas controladas por unidades del paramilitarismo en el oriente de Cundinamarca, Colombia a finales de la década de los años 1990. Los atropellos contra personas estigmatizadas por sus preferencias homosexuales cometidos por estos grupos se documentan en BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "Justicia y paz en Cundinamarca y Bogotá: Balance regional de la ley de Justicia y Paz", en ELVIRA MARÍA RESTREPO y BRUCE BAGELY (comps.) *La desmovilización de los paramilitares en Colombia. Entre el escepticismo y la esperanza*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, pp. 397 a 422.

hombres<sup>4</sup>. Sin embargo, aún el artículo 365 castiga las relaciones homosexuales con menores de 18 años, sin importar si media consentimiento. Si, como afirman los estudios de psicología, la madurez sexual se alcanza desde los nueve hasta los 18 años de edad, ¿por qué se penaliza el comportamiento? De nuevo aparece el eje común de los casos: la inmoralidad como condición para su calificación jurídica.

Situación similar a la de los dos casos anteriores ocurre frente al delito de inducción a la prostitución en Colombia<sup>5</sup>. El artículo 213 del Código Penal colombiano criminaliza el acto de inducir, con ánimo de lucro o con el ánimo de satisfacer deseos de un tercero, el comercio carnal<sup>6</sup>. El tipo penal tutela el bien jurídico de la libertad sexual, sin embargo, es posible que, de manera simultánea, también lo restrinja.

Luego, al recurrir al modelo de descripción dogmática, se infiere que el tipo penal refleja una forma de influencia psíquica, donde el inductor actúa como un intermediario que determina la libertad sexual del sujeto pasivo. ¿Sí protege a la libertad sexual el tipo penal de inducción a la prostitución?

Se supone que el acto de inducir genera una afectación a la autodeterminación sexual de la víctima. Sin embargo, por tratarse de un tipo penal donde el sujeto pasivo es una persona mayor de edad, no pareciera configurarse un daño a terceros. ¿Constituye el artículo 213 un moralismo legal? De modo coincidencial, los anteriores códigos penales recurrían a una tipificación en términos morales: 1. Moral pública (Código Penal de 1890); 2. Honor sexual (Código Penal de 1936); 3. Pudor sexual (Código Penal de 1980)<sup>7</sup>.

La aparente ausencia de daño a terceros dentro de este tipo penal genera otro interrogante: “¿si al sujeto pasivo se le induce, sin engaño y sin violencia, a orientar su libertad hacia la prostitución o el

4 De 12 de noviembre de 1874, disponible en [<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>].

5 El régimen jurídico de Colombia acerca de este tipo de infracciones, en GERMÁN SILVA GARCÍA y PAMELA TINOCO ORDÓÑEZ. “Delitos sexuales”, en PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ (coord.). *Derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Ibáñez, 2023.

6 Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>].

7 JUAN FRANCISCO MENDOZA PERDOMO. “¿Debe ser punible la inducción a la prostitución? Estudio de su fundamentación, estructura dogmática y problemática”, en *Novum Jus*, vol. 8, n.º 1, enero-junio de 2014, pp. 77 a 93, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/650/668>].

comercio sexual, podría predicarse una lesión al bien jurídico”<sup>8</sup>. Al respecto, se plantean dos argumentos que justifican una respuesta negativa, que arroja la posibilidad que el tipo penal aluda a un simple moralismo legal:

– Si la prostitución es una actividad lícita reconocida constitucionalmente como extensión del derecho al trabajo, no demanda intervención estatal de carácter prohibicionista.

– No es posible inducir a un mayor de edad a autolesionar su libertad sexual.

Por lo tanto, “al no haber lesión a bien jurídico alguno cuando se ejerce la autodeterminación, no se legitima intervención jurídica alguna y menos una de carácter penal”<sup>9</sup>.

Cuando en los tres casos se reporta ausencia de daño a terceros, se asume que se han criminalizado conductas autodestructivas en términos de un juicio social, moral, externo y mayoritario. Esta suele ser una de las características del denominado *moralismo legal*, donde se instrumentaliza al arma del derecho penal para salvaguardar la moral pública. Como ya se ha planteado en investigaciones previas, el uso del derecho penal para intervenir en conductas que no afectan bienes jurídicos de terceros reproduce lógicas de exclusión y control social antes que estrategias preventivas reales<sup>10</sup>. Sin embargo, las bases del derecho penal liberal que invocan el principio del daño permiten negar la posibilidad de criminalizar conductas que no afecten de manera directa a terceros.

Así, es posible justificar las penas privativas de la libertad desde el principio del daño. Luego, si se cuestiona la naturaleza del daño a terceros, en el derecho penal aparece el concepto de bienestar como condición. Al respecto, el utilitarismo, como arquetipo liberal, impone

8 Ibid., p. 85. Esta situación no debe confundirse con aquellas en donde de manera dolosa hay una inducción al ejercicio de la prostitución desde la configuración de delitos, como el transnacional de trata de personas. Ver: FERNANDA NAVAS CAMARGO, JAIME CUBIDES CÁRDENAS y EDUARDO SANTIAGO RODRÍGUEZ MOJICA. “Desde la migración legal, hasta la configuración de un delito transnacional”, en FRANCISCO DE JESÚS CEPEDA RINCÓN y GUADALUPE FRINÉ LUCHO GONZÁLEZ. *Migrantes, refugiados y derechos humanos*, t. II, pp. 147 a 162, México D. F., Tirant Lo Blanch, 2024.

9 MENDOZA PERDOMO. “¿Debe ser punible la inducción a la prostitución? Estudio de su fundamentación, estructura dogmática y problemática”, cit., p. 89.

10 LADY ANDREA BELTRÁN CÁRDENAS. “Delito y subcultura carcelaria: ¿Cómo minimizar el proceso de desocialización?”, en *Novum Jus* vol. 16, n.º 1, enero-junio de 2022, pp. 99 a 113, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4107/4102>].

el deber para los Estados de generar el mayor bienestar promedio para la mayoría de los ciudadanos. No obstante, una mirada crítica evidencia que las funciones preventivas de la pena, en contextos como el colombiano, han sido instrumentalizadas, alejándose de la idea de bienestar general y limitándose a formas simbólicas de castigo<sup>11</sup>. ¿La conjunción entre el principio del daño y el utilitarismo permite justificar las penas? Este problema será abordado desde el enfoque del Sur global. Aquí, se plantea la necesidad de encontrar categorías teóricas y contribuciones investigativas latinoamericanas que contribuyan a resolver los problemas singulares del continente<sup>12</sup>. Esto en sustitución de las doctrinas del Norte que intentan imponerse con pretensiones neocoloniales, pero con frecuencia inadecuadas al ser traslapadas en forma mecánica.

## II. FACTORES QUE GENERAN LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DEL DAÑO: MORALISMO LEGAL Y PERFECCIONISMO ÉTICO

Las clásicas discusiones sobre una lectura moral del derecho, sus disposiciones e instituciones, ya han sido superadas. Fenómenos como los vacíos legales y el pluralismo interpretativo, demuestran por vía de contingencia espacios de entrecruzamiento entre el derecho y la moral. La pregunta ya no es si existe relación entre ambos sistemas de

11 LADY ANDREA BELTRÁN CÁRDENAS. "El fin de la pena privativa de la libertad: Entre la utopía y el confinamiento", tesis de maestría, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2019, disponible en [<https://bfffrepositorio.unal.edu.co/server/api/core/bits-treams/98614214-78bd-4403-993f-1a893423aea3/content>].

12 GERMÁN SILVA GARCÍA y JOHANA BARRETO MONTOYA. "Avatares de la criminalidad de cuellos blanco transnacional", *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.º 39, 2022, pp. 609 a 629, disponible en [<https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/1042/879>]; GERMÁN SILVA GARCÍA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "La evaluación de la investigación publicada en libros y su impacto en la educación superior colombiana", *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 101 a 120, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/71285/75424>]; GERMÁN SILVA GARCÍA y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. "El baile de los que sobran. Profesión jurídica: Poder político y exclusión en Colombia", en *Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 19, n.º 1, 2024, pp. 25 a 51, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/10065/8524>]; GERMÁN SILVA GARCÍA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "The Distortions of Mainstream Criminology in the Global North: Towards A Southern Criminological Worldview", en *Novum Jus*, vol. 19, n.º 1, enero-abril de 2025, pp. 393 a 418, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/6565/5887>].

motivación de conductas; su actualización requiere cuestionar cuándo el derecho debe reflejar la moral compartida. La relación contingente demuestra que a la construcción de una norma jurídica le antecede una calificación moral. Esta fue la tesis propuesta por WERNER GOLDSCHMITT<sup>13</sup>, padre del trialismo jurídico, quien caracteriza al derecho como la triada: hecho, valor y norma<sup>14</sup>.

Los hechos, como detonantes para la regulación jurídica, son objeto de enjuiciamiento social. Los ciudadanos suelen calificar los hechos y las acciones por su bondad o maldad. Por lo tanto, dentro de una posición binarista, los hechos pasan por el rasero moral de la ciudadanía. La calificación de bondad (moral) o maldad (inmoral) de las conductas suscita una valoración que, en términos de legitimidad democrática, determina la permisión o prohibición de las acciones. De esta manera, las normas jurídicas, como prescripciones, califican en forma deóntica a las acciones por vocación del calificativo moral (valor) asignado por el sistema social:

TABLA 1: ESTATUS DEÓNTICO Y CALIFICACIÓN MORAL

VALOR	MALDAD	BONDAD
Estatus deóntico	Prohibición	Permisióñ

Fuente: Elaboración propia.

La correlación entre hecho, valor y norma suscita al menos dos interrogantes: ¿las conductas criminales se entienden como acciones inmorales al estar revestidas por un estatus deóntico de tipo prohibitivo? Y, ¿se justifica el castigo ante la ejecución de conductas inmorales?

La respuesta a estos interrogantes genera la necesidad de trazar una línea divisoria de cuándo el derecho puede intervenir con la finalidad de castigar acciones que, según una moral mayoritaria, reviste rasgos de inmoralidad. Por supuesto, el derecho penal implica intervención, o restricción, en la libertad individual de los ciudadanos<sup>15</sup>.

13 Berlin, 9 de febrero de 1910-Buenos Aires, 21 de julio de 1987.

14 SILVANA PEZZETTA. "El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución. Algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 11, 2007/2008, pp. 245 a 255, disponible en [<http://rtfd.es/numero11/13-11.pdf>].

15 La designación como delictivo e inmoral de un hecho es un acto de definición política y

A las preguntas señaladas se les puede acompañar de algunos problemas auxiliares: ¿la pena constituye un juicio moral?; ¿se justifica emplear el derecho penal para salvaguardar estructuras sociales tradicionales?; ¿pueden los Estados criminalizar acciones que parezcan obscenas o dañinas, para consigo mismo? Todos estos interrogantes hacen parte del clásico debate desarrollado entre los defensores del derecho penal liberal, versus los apologistas del denominado *moralismo legal*<sup>16</sup>.

Dentro del género de las teorías ius moralistas los creadores del moralismo legal proponen que el fundamento último de la normatividad del derecho obra en la moral mayoritaria<sup>17</sup>. Por lo tanto, si se recurre al esquema formulado desde el trialismo jurídico, el punto de partida en la prescripción del comportamiento a partir de normas es el de calificación moral (en el sentir de la mayoría) de las conductas. Por supuesto, los defensores del moralismo legal suelen hacer apología de la prohibición de conductas autodestructivas y ajenas a la moral compartida. De ahí que en la comisión de los casos suelen proponer:

– *La instrumentalización del derecho penal*. Al generar penas privativas de la libertad no solo para las conductas que afecten los bienes

---

jurídica, basado en un juicio de valor, de índole prescriptiva, pero ese hecho es una acción social, denominada *divergencia social*, de naturaleza descriptiva, que refleja una contienda por intereses e ideologías, que refleja un estado de diversidad, la cual va ser reprochada o censurada con la intervención penal, GERMÁN SILVA GARCÍA, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "The debate concerning deviance and divergence: A new theoretical proposal", en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 14, n.º 2, 2024, pp. 505 a 529, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1813/2197>].

16 Hay problemas adicionales en la práctica del derecho. Incluso, aunque se considere a la moral como una variable ajena a las normas jurídicas, en la aplicación del derecho los operadores judiciales incorporan prejuicios ideológicos, no pocos morales, los cuales tienen además incidencia en las prácticas punitivas, GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III, "La administración de justicia", Bogotá, Externado e Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos –ILSA–, 2001; GERMÁN SILVA GARCÍA y RAFAEL VELANDIA. "Dosisificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas", en RAFAEL PRIETO SANJUÁN (coord.) *Sociología jurídica: Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 349 a 414; GERMÁN SILVA GARCÍA. "Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. 1, n.º 1, enero-junio de 2010, pp. 59 a 86, disponible en [<https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/liaeOjs/article/view/221/474>].

17 MANUEL ASDRÚBAL PRIETO SALAS. "La moralidad como base para el proceso de axiomatización", en *Novum Jus*, vol. 9, n.º 1, enero-junio de 2015, pp. 29 a 49, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/554/575>].

jurídicos tutelados de un tercero, también suelen pretender la criminalización de conductas autodestructivas<sup>18</sup>.

– *La imposición de deberes.* A través de las denominadas *normas de perfeccionamiento humano*, que implica la obligación de no hacer aquello que se considera dañino y autodestructivo (sin aparejar, por necesidad, una sanción de tipo penal)<sup>19</sup>.

Desde luego, el moralismo legal que impone moral compartida genera repercusiones democráticas. Este es el caso de las decisiones democráticas mayoritarias que soportan la creación o el archivo de propuestas legislativas<sup>20</sup>. Un ejemplo en particular fue el del referendo derogatorio de la adopción por parte de parejas del mismo sexo en Colombia<sup>21</sup>. Por lo tanto, la repercusión democrática del moralismo legal suele determinar la no emergencia de nuevos derechos que se anteponen a las estructuras tradicionales de los sistemas sociales. En este sentido, existe una amalgama de casos homogéneos que suscitan una postura prohibicionista por parte de los moralistas legales. Estos son, entre otros casos: homosexualidad, prostitución y pornografía. ¿Cómo emergió el moralismo legal?

Las normas morales obraron en la legislación española de la colonia. Estas fueron expedidas para garantizar un modelo de sociedad monogámica de la familia, constituida por un hombre y una mujer (con un mayor control social sobre la mujer). Al ser así, emergió la criminalización de conductas en contra de la moral que fueron denominadas como blasfemia, infidelidad, adulterio, amancebamiento, bigamia, prostitución, sodomía (homosexualidad, bestialidad o deli-

18 JAVIER GALLEGOS SAADE. "El problema del moralismo legal en el derecho penal", *Revista de Estudios de Justicia*, n.º 14, 2011, disponible en [<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28565/30324>].

19 BETZABÉ MARCIANI BURGOS. "¿Autonomía sin virtud?: ¿Puede admitirse el perfeccionismo ético en un Estado liberal que busca el bienestar de sus ciudadanos?", en *Pensamiento Constitucional*, n.º 23, 2018, pp. 109 a 118, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientococonstitucional/article/view/20949/20641>].

20 En este orden de ideas, "las normas moral-jurídicas son las normas de la moral verdadera, expresamos una obviedad sobre la que, habrá que entenderse al hablar de objetivismo moral". JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. "Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado Constitucional", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 56, 2022, p. 13.

21 Para profundizar, léase: PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA, WILLIAM YEPPER VIVAS LLOREDA y JUAN MANUEL MOREL PÉREZ. "La comunidad LGTBIQ en relación con el derecho al nombre y de identidad de género", *Revista Argumentum*, vol. 20, n.º 1, enero-abril de 2019, pp. 359 a 379, disponible en [<https://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1112/710>].

to nefando) y la prohibición de juegos de mesa (dados, naipes), de suerte, fortuna o azar<sup>22</sup>. Después de la independencia, varias de esas normas rigieron aun o fueron recogidas dentro de la legislación penal republicana. Aún hoy en día existen muchos prejuicios moralistas relacionados con esas conductas.

Desde hace poco, se puede decir que el moralismo legal como teoría justificante se elaboró desde las propuestas que pretendieron instrumentalizar al derecho penal para preservar la moral convencional. Tal fue la propuesta de su creador, LORD PATRICK DEVLIN<sup>23</sup>.

En Inglaterra existió el denominado Informe Wolfenden. Este fue el producto de una comisión de delitos homosexuales que abogó en contra de su persecución estatal. En 1958, LORD DEVLIN escribió, en contra del Informe Wolfenden<sup>24</sup>.

La propuesta de LORD DEVLIN se puede sintetizar a partir de una explicación silogística:

TABLA 2: LA PROPUESTA DE LORD DEVLIN

Premisa 1	Los Estados actúan como el tutor moral de sus ciudadanos y pueden castigar las acciones inmorales (incorrectas) de estos.
Premisa 2	Como los Estados actúan en calidad de tutor moral, tienen la posibilidad de declarar punibles comportamientos contrarios a la moral pública.
Conclusión	Por lo tanto, la inmoralidad en el comportamiento ciudadano puede ser castigada por parte de los Estados.

Fuente: Elaboración propia.

Luego, con el ánimo de justificar la premisa 1, LORD DEVLIN proponía atribuir derechos a la sociedad, al tener en cuenta que esta, a través de su población, se reporta como uno de los elementos del Estado.

22 PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUI. "El *ius puniendi* en la Nueva Granada Colonial", en MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO (ed.). *Derecho, memoria e historia en Hispanoamérica*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2018, pp. 363-427.

23 Chislehurst, UK, 25 de noviembre de 1905-Pewsey, UK, 9 de agosto de 1992.

24 En su libro titulado *La imposición de la moral*. ANDREA PORCIELLO. "Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 56, 2022, pp. 217 a 244, disponible en [<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21695/22512>].

Según LORD DEVLIN, la sociedad tiene el derecho a proteger su propia existencia, de tal manera que puede proscribir cualquier comportamiento que genere una mutación en los valores contenidos en la moral mayoritaria<sup>25</sup>. Pero, como jurídicamente la existencia de todo derecho genera la facultad de exigir su respecto (derecho de acción y de prestación) al contar la sociedad, a juicio de LORD DEVLIN, con el derecho a la vida, es posible emplear el aparato coercitivo del Estado y al derecho penal, con el ánimo de preservar su existencia. Empero, el arma del derecho penal como coerción estatal, genera intervención en la vida ciudadana. ¿Cuáles son los límites de la injerencia estatal? La respuesta al interrogante evocará el análisis a favor y en contra del moralismo legal, del paternalismo jurídico.

Para respaldar la premisa 2 de su argumento, LORD DEVLIN propone que la población mayoritaria tiene el derecho a defender al sistema social de cambios abruptos. Este acto de autodefensa implica la oportunidad de erradicar conductas que se antepongan a las instituciones y sistemas de creencias de la moral mayoritaria. Sin embargo, desde una visión liberal, las sociedades modernas se caracterizan por la coexistencia de morales diversas.

Las misivas en contra de las propuestas de LORD DEVLIN no se hicieron esperar. Desde una filosofía liberal del derecho penal, que dará lugar a la formulación, anterior a su propuesta, del principio del daño, aparecieron críticas como las de HERBERT L. A. HART<sup>26</sup> y RONALD DWORKIN<sup>27</sup>.

HART, al acudir al concepto de ficciones jurídicas, negó que la sociedad tenga un derecho como el de la vida. A su vez, en contra de la premisa 2, afirmó que no toda inmoralidad genera por necesidad cambios significativos en la estructura social. Por último, al recurrir a las bases liberales de un Estado derecho, le recordó a LORD DEVLIN que una de las funciones básicas de los Estados es la de proteger la libertad de sus individuos en contra de histerias públicas temporales (función contramayoritaria de los derechos individuales)<sup>28</sup>.

25 JORGE MALEM. "La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart", en *Debate Feminista*, vol. 18, 1998, pp. 33 a 52, disponible en [[https://debatefeminista.cieg.unam.mx/index.php/debate\\_feminista/article/view/469/401](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/index.php/debate_feminista/article/view/469/401)].

26 Harrogate, UK, 18 de julio de 1907-Oxford, 19 de diciembre de 1992.

27 Rhode Island, 11 de diciembre de 1931-London, 14 de febrero de 2013.

28 HERBERT L. A. HART. *Derecho, libertad y moralidad*, Dykinson, 2007.

Por otro lado, DWORKIN zanjó un filtro de racionalidad para las morales mayoritarias. A su juicio, la presencia de alguna de las siguientes circunstancias genera ausencia de racionalidad en el campo de la moral convencional:

- No son racionales las posiciones basadas en prejuicios;
- Las repulsiones generadas por una reacción emocional carecen de racionalidad;
- Las posiciones morales basadas en posiciones de hechos falsos no cuentan con un criterio racional; y
- Son irracionales las posiciones morales originadas desde creencias ajenas<sup>29</sup>.

A pesar de lo dicho, con antelación a las críticas formuladas por filósofos del derecho, existió un principio que limita la propuesta de los moralistas legales; en este caso, el del daño. Su institucionalización generó: 1. La negación parcial del moralismo legal; 2. La justificación parcial del intervencionismo estatal; 3. La justificación de la pena; y 4. Una forma de criticar a la teoría hermana del moralismo legal: el perfeccionismo ético.

Por otro lado, existen dos formas de materializar el moralismo legal:

- *A través del arma del derecho penal.* Lo que genera, incluso, la posibilidad de criminalizar conductas autodestructivas.
- *Al imponer, a través de normas jurídicas, deberes para consigo mismo.* cuya finalidad, según el legislador, sea la de optimizar al ser humano. Este es el caso del perfeccionismo ético.

Es común que la tesis del perfeccionismo ético parta de una moral compartida impuesta a una moral privada. ¿Es posible la mezcla homogénea entre el moralismo legal y el perfeccionismo ético? La posibilidad acaece cuando, al instrumentalizar al derecho penal, se apareja la imposición de una pena privativa de la libertad con la imposición simultánea, a través de un deber, de ideales de perfeccionamiento o excelencia humana. Para comprender la posibilidad de esta mezcla es necesario acudir a la tesis de los operadores deónicos.

En la denominada *lógica deónica*, donde se analiza la estructura interna de las normas jurídicas, se entiende que el carácter de las

29 RONALD DWORAKIN. ““Lord Devlin and the enforcement of morals”, en *The Yale Law Journal*, vol. 75, n.º 6, 1966, pp. 986 a 1.005.

fuentes legales primarias está delimitado por el contenido de sus conductas. En este caso, conductas permitidas, prohibidas y obligadas.

Luego, con apoyo del principio lógico jurídico de identidad, opera un rasgo de interdefinilidad entre los operadores, donde:

- La conducta permitida es equivalente a no prohibida;
- La conducta prohibida es equivalente a no permitida<sup>30</sup>; y
- La conducta prohibida es equivalente a la obligación de no hacer.

En atención a la tercera pauta, una prohibición es reductible a una obligación de no hacer. Empero, las obligaciones de no hacer, al igual que las prohibiciones en el ámbito civil, no aparejan penas privativas de la libertad como consecuencia. Pero, es posible contar con la presencia de prohibiciones que implican obligaciones de no hacer y que generan penas privativas de la libertad en modalidad de consecuencia jurídica. Bajo este acontecer aparecen las dos formas de materialización del moralismo legal: 1. Desde la prohibición; y 2. Desde las obligaciones de no hacer (inspiradas en un ideal de excelencia humana y dando lugar al perfeccionismo ético).

Cuando se traslanan ambas posiciones, ocurre la mezcla homogénea entre el moralismo legal y el perfeccionismo ético. Un caso ejemplificante operó con la prohibición penal, dentro del sistema legal colombiano del consumo de sustancias estupefacientes. A través de la Ley 30 de 30 de enero de 1986<sup>31</sup>, con la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el Congreso de la República pretendió prohibir en el artículo 51 el porte de sustancias estupefacientes en modalidad de dosis de uso personal. Por tratarse, según dicha ley de una contravención, aparejó –en sus literales a y b– una sanción penal en modalidad de arresto por 30 días –para la primera vez– y de 30 días a un año –para la segunda vez–. En este caso, los verbos rectores eran: *llover consigo* y *conservar*. La forma de la redacción del tipo penal irrumpía con el criterio central de justificación de la pena según sus bases liberales: el principio del daño a terceros. Si dentro del

30 HUGO JOSÉ FRANCISCO VELÁSQUEZ. "Esclareciendo el concepto de lógica deontica", en *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 18, n.º 45, enero-abril de 2021, pp. 457 a 485, disponible en [<https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/826/pdf>].

31 *Diario Oficial*, n.º 37.335, de 5 de febrero de 1986, disponible en [<https://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30044127>].

tipo penal se estimaba el porte de una dosis personal, no se infería de ello una institucionalización del narcotráfico<sup>32</sup>. Por lo tanto, estimó la Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994<sup>33</sup>, que se trató de un moralismo legal.

De manera adicional, el literal c del artículo 51 añadió una obligación de no hacer al incluir la sanción de *internamiento en centro psiquiátrico* para el consumidor que fuese encontrado en estado de drogadicción. Para justificar esta sanción, derivada de una obligación de no hacer, el legislador se remitió al artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, cuya parte final determina que “toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”<sup>34</sup>.

Para justificar una obligación de no hacer –no encontrarse en estado de drogadicción– el legislador la hizo correlativa a la obligación de hacer –procurar el cuidado de su salud–. Por lo tanto, de nuevo, en la sentencia en comento, la Corte Constitucional encontró un perfeccionismo ético (lit. c art. 51) aparejado con un moralismo legal (lits. a y b art. 51).

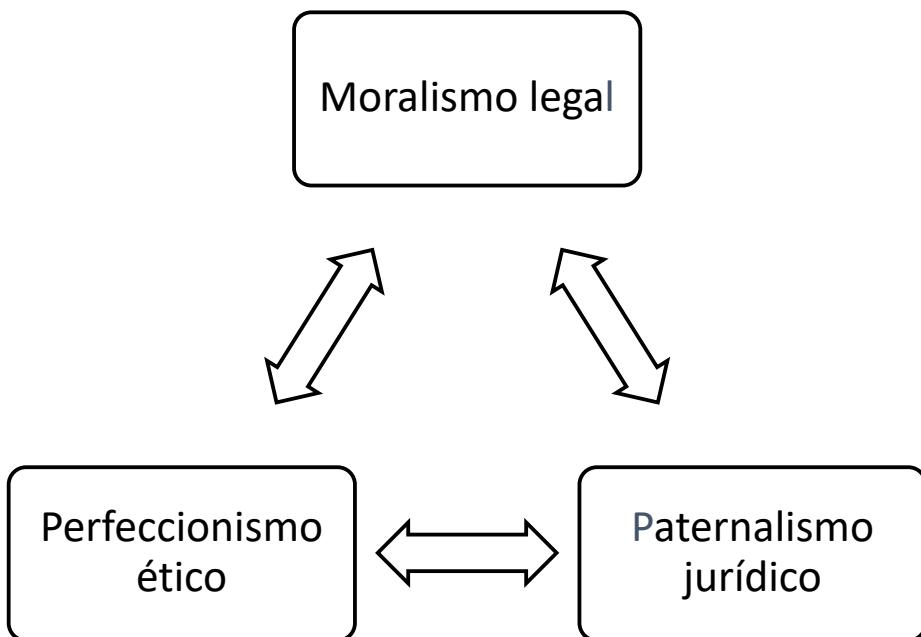
Desde luego, tanto los literales a y b como el c, implican un intervencionismo estatal que, en el asentir de LORD DEVLIN, complementa la triada:

32 JOSÉ LUIS OSORIO MUÑOZ. “El perfeccionismo modesto, una propuesta iusfilosófica a las sentencias C-221/94, C-040/06 y C-491/12 de la Corte Constitucional Colombiana”, en *Criterio Libre Jurídico*, vol. 11, n.º 2, 2014, pp. 35 a 50, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7830013.pdf>].

33 M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-221-94.htm>].

34 Al igual que en otras partes del mundo, a propósito del consumo de estupefacientes, en Colombia hay posiciones que se oponen al enfoque de reducción del daño que se promueve desde los discursos de salud pública, con el argumento que quienes se resisten a modificar conductas clasificadas como dañinas para sí mismos, comprometen su derecho a exigir servicios de salud. Para una discusión sobre la legalidad de terapias coercitivas impuestas por el Estado a las personas a las que se les dictaminen problemas de consumo abusivo de drogas, ver MISael TIRADO ACERO, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. *La política antidrogas. Nuevos horizontes de cambio en el control de la oferta y la demanda*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, pp. 77 y ss.

### GRÁFICO 1: LA RELACIÓN TRÍADICA DEL MORALISMO LEGAL



Fuente: Elaboración propia.

### III. PRECISIONES SOBRE EL PATERNALISMO JURÍDICO

LORD DEVLIN afirmaba que el Estado actúa como el tutor moral de sus ciudadanos, posición que se asemeja a la de un padre de familia hacia sus hijos. El paternalismo jurídico constituye una intervención por parte del Estado, hacia la autonomía de los ciudadanos, con miras a causarles un bien. El bienestar generado con la intervención coactiva del Estado se traduce en evitar que el ciudadano se cause un daño a sí mismo, o a terceros. Esta posibilidad de intervención también abarca la oportunidad de reducir el riesgo de daño. Desde luego, es cuestionable la justificación ética y jurídica del paternalismo jurídico<sup>35</sup>.

Cuando el paternalismo jurídico como intervención está orientado a reducir el riesgo o castigar el daño generado a un tercero, trasfor-

<sup>35</sup> HELGA MARÍA LELL. "El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 48, n.º 129, 2018, pp. 439 a 458, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/808/628>].

ma la coacción estatal en la oportunidad de criminalizar conductas<sup>36</sup>. Sin embargo, la noción original del paternalismo jurídico aparece orientada a la función de evitar el daño –sobre sí mismo–. Entonces, el paternalismo jurídico es “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren de manera exclusiva al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada”<sup>37</sup>. Las tesis del moralismo legal y el perfeccionismo justifican desde la ética la intervención estatal para evitar la consumación de daños (propios y a terceros). A pesar de ello, cuando el paternalismo jurídico es aparejado con el denominado *principio del daño*, la intervención estatal tendiente a evitar daños sobre sí mismo carece de justificación.

Pero si el paternalismo jurídico puede ser justificado desde la imposición de una moral mayoritaria (moralismo legal), también puede ser fundamentado desde la promoción del bienestar general, en cuyo caso se enlaza al paternalismo jurídico con el utilitarismo. Esta corresponderá a una de las formas de justificar las penas privativas de la libertad.

Por lo dicho, se puede inferir que existen paternalismos jurídicos justificados ética, pero no jurídicamente y viceversa. La relación inversa corresponde a la asunción del daño propio o daño a terceros, según sea el caso. Algunos ejemplos son:

– El cobro de impuesto para las bebidas azucaradas por parte del Estado, con el propósito de evitar que el consumidor padezca de diabetes. Aquí se trata de un paternalismo orientado a evitar el daño propio.

– Al igual que en el ejemplo anterior, el aumento del gravamen en los alimentos ultra procesados. Sin embargo, estas formas de paternalismo pueden restringir la libertad de elección<sup>38</sup>.

36 Entre otras conductas criminalizadas dentro de esta lógica, se incluye la protesta social, como lo ilustra el caso de las protestas sociales de 2020 y 2021 en Colombia. Ver BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “El régimen político y el control de la conflictividad social en Colombia”, en *Cultura Latinoamericana. Revista de Estudios Interculturales*, vol. 39, n.º 1, enero-junio de 2024, pp. 194 a 213, disponible en [<https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/6479/5395>].

37 GERALD DWORKIN. “Paternalism”, en *The Monist*, vol. 56, n.º 1, 1972, pp.64 a 84, disponible en [<https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-san-andres/teoria-del-derecho/dworkin-g-paternalism/51170922>], p. 68.

38 LEANDRO CORNEJO AMORETTI. “John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo”,

– El ocultamiento de información por el bien de un paciente. Como puede ocurrir en la ciencia médica.

– La antigua división, que realizaban la mayoría de sistemas jurídicos, entre capacidad absoluta y capacidad relativa. La justificación en la idea de restar capacidad para algunas personas, obraba en el imperativo de evitar el daño para terceros y para sí mismos (políticas de internación, encierro, medidas de seguridad).

– La imposición de planes de vacunación con aras de proteger la salud pública. Aquí, el utilitarismo constituiría la plataforma de la actuación paternalista.

Los ejemplos permiten justificar en forma parcial un hecho real: según se trate de uno de los sub sistemas jurídicos (penal, constitucional, administrativo, civil) se presentan paternalismos jurídicos que tratan de evitar el daño sobre sí mismo o el daño a terceros. De esta manera, las penas privativas de la libertad constituyen una auténtica actuación paternalista justificada, por parte del Estado. La función preventiva de la pena implica intervención pues trata de evitar la consumación de daños sobre terceros (bienes jurídicamente tutelados)<sup>39</sup>. ¿Es posible una visión utilitarista del principio del daño que permita justificar la pena?

#### IV. EL PRINCIPIO DEL DAÑO COMO FUNDAMENTO DE LA PENA

Existe una incógnita que es constante dentro de la parte especial del derecho penal: ¿Qué tipo de conductas deben ser criminalizadas?<sup>40</sup>.

---

Derecho y Sociedad, n.º 48, 2017, pp. 13 a 32, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18972/19198>].

39 EDUARDO ARTURO VELASCO CÓRDOBA. "La función de prevención general de la pena ¿una utopía? La prevención general y los medios de información", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. IX, n.º 18, julio-diciembre de 2018, pp. 75 a 88, disponible en [<https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/llaeOjs/article/view/43/103>].

40 Si el daño legitima la criminalización, la reparación del daño, mediante la restauración del derecho lesionado, será la finalidad de la pena, lo cual representa a la retribución como propósito punitivo, GERMÁN SILVA GARCÍA. "La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena", en JAIME BERNAL CUÉLLAR (coord.). *xxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 307 a 341; ID. "Delito y reacción penal", en ID. (ed.). *Tratado latinoamericano de sociología jurídica*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2023, pp. 369 a 419, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/>]

En el ámbito anglosajón del derecho penal la respuesta proviene del principio del daño. Entre algunas definiciones obran: “Menoscabo significativo o duradero de los intereses de una persona”<sup>41</sup>; y “el Estado puede intervenir en la vida de un individuo en contra de sus placeres solo si al hacerlo evitará o reducirá (riesgo) a otros individuos”<sup>42</sup>.

Al ser así, aparte del aspecto positivo del principio del daño –oportunidad de criminalizar conductas como una forma de paternalismo jurídico–, existe un aspecto negativo. En este, el principio del daño genera una limitación para los Estados ante la imposibilidad de prohibir conductas que no afecten a terceros (el daño a intereses propios). Por lo tanto, el principio del daño constituye un parámetro de criminalización y, a su vez, límite al poder coactivo del Estado<sup>43</sup>. Para ello, resultan relevantes dos construcciones liberales que auxilian al principio del daño: la libertad positiva y la libertad negativa. Por lo dicho, el principio del daño contiene entre sus características:

- Constituye una forma de ejercitar de la coacción estatal;
- Genera el ejercicio de la criminalización de conductas;
- Destierra la intervención paternalista por parte del Estado (daño a intereses propios);
- Cuando la intervención estatal es justificada, se realiza por vía de coerción;
- Cuenta con una versión *ex ante* y una *ex post*. De manera previa, el principio del daño justifica la intervención coactiva del Estado para prevenir riesgos. De manera posterior, el principio del daño justifica la intervención coactiva del Estado para prevenir daños<sup>44</sup>;

[view/392/878/1817]; SILVA GARCÍA y TINOCO ORDÓÑEZ. “La justicia restaurativa. Un paragón entre la justicia penal y la transicional”, cit.; GERMÁN SILVA GARCÍA. “Crisis y transformaciones en el control social penal en el contexto de la cultura jurídica colombiana”, en *Cultura Latinoamericana*, vol. 39, n.º 1, 2024, pp. 156 a 192, disponible en [<https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/6478/5394>].

41 BRUNO RUSCA. “En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño”, *Política Criminal*, vol. 15, n.º 30, diciembre de 2020, pp. 811 a 839, disponible en [<https://www.scielo.cl/pdf/politrim/v15n30/0718-3399-politrim-15-30-811.pdf>].

42 NILS HOLTUG. “The harm principle”, en *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 5, n.º 4, December 2002, p. 370.

43 FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS. “Límites a la función punitiva estatal”, *Derecho y Sociedad*, n.º 21, 2003, pp. 93 a 116, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355/17641>].

44 JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI, JOSÉ DANilo TAVARES LOBATO y HUMBERTO SOUZA SANTOS. “El *harm principle* y su reflejo en el derecho penal: Una lectura a partir de Joel Feinberg”, JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA (trad.), *Revista Penal México*, vol. 7, n.º 13, septiembre de

– Existen concepciones que relacionan al principio del daño con el rol neutral del Estado, entre tanto, este no puede optar por una concepción particular del bien;

– Si con la intervención coactiva del Estado se reducirá el daño o riesgo a terceros, se justifica su actuación.

De esta forma, el principio del daño, al ser una expresión acuñada por la ideología liberal, constituye el instrumento útil para justificar la creación de penas privativas de la libertad. Con antelación a los fines relacionados con la prevención o retribución, obra la necesidad de protección para los bienes jurídicamente tutelados (que han sido afectados o puestos en riesgo por un tercero). Por supuesto, bajo el principio del daño subyace el principio de *ultima ratio*: si este no genera lesividad mayor, no se justifica la creación e imposición de una pena<sup>45</sup>.

El aparejamiento entre el principio del daño y el de *ultima ratio* puede ser representado a partir del fallo *Kimel vs. el Estado de Argentina*<sup>46</sup>. KIMEL, ciudadano argentino, acusó a través de medios públicos a un juez de no haber fallado un caso con el rigor requerido. El juez denunció a KIMEL por los delitos de injuria y calumnia. Tras ser condenado en todas las instancias, KIMEL acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se revocó la sentencia en contra. Como corolario, el Congreso de la República de Argentina reformó los tipos penales de injuria y calumnia, para eliminar la imposición de pena privativa de la libertad. De esta manera, graduó el daño generado por los delitos de injuria y calumnia, bajo el entender que la intensidad del daño no justifica la imposición de una pena privativa de la libertad<sup>47</sup>.

---

2017-febrero de 2018, pp. 103 a 122, disponible en [<https://revistacienciasinacipe.fgr.org.mx/index.php/01/article/view/279/243>].

45 LADY ANDREA BELTRÁN CÁRDENAS y OMAR ANTONIO HERRÁN PINZÓN. “Los inimputables en el sistema penal colombiano: ¿Vulneración a la mínima intervención o medida necesaria?”, en *Hallazgos*, vol. 21, n.º 42, julio-diciembre de 2024, pp. 143 a 156, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/hallazgos/article/view/9713/8550>], p. 146.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS –CIDH-. Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, (fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)].

47 ASDRÚBAL AGUIAR. “A propósito del caso Kimel vs. Argentina. La libertad de expresión: ¿Piedra angular de la democracia?”, *Revista Derecho Público*, n.º 114, abril-junio de 2008, pp. 21 a 54, disponible en [<https://revistadederechopublico.com/wp-content/>]

### A. ¿Son equivalentes el principio del daño y el principio de lesividad?

Desde el punto de vista geográfico ambos principios no datan del mismo nicho territorial. El principio del daño debe su acuñación al contexto anglosajón del derecho. El principio de lesividad ha sido adoptado dentro de la tradición del derecho continental europeo. Por otro lado, el principio de lesividad genera mayor apertura a casos que el principio del daño. Cuando en la tradición continental –que emplea el principio de lesividad– se acude a la teoría de los bienes jurídicamente tutelados, cabe incluso la protección de sentimientos a través de la criminalización de meras ofensas (como ocurrió en el caso *Kimel vs. Argentina*)

### B. ¿Qué abarca el daño?

Las críticas al principio del daño determinan que este carece de univocidad. Lo anterior en razón a que las interpretaciones sobre el alcance y fundamento del principio del daño son variadas. La ausencia de univocidad abarca la definición y extensión del daño. Algunas de las críticas son:

- El principio del daño no permite criminalizar conductas moralmente incorrectas (en respuesta a los moralistas legales y perfeccionistas éticos).
- El principio del daño no es capaz de dar cuenta por qué a una acción se le atribuye un daño.
- Aludiendo a la función preventiva de la pena, el principio del daño genera una instrumentalización de personas con el objetivo de alcanzar un fin (lo que implica la tensión entre una ética de fines y una ética de consecuencias).
- La ausencia de univocidad en el concepto de daño permitiría que cualquier acción sea elevada a la categoría de delito<sup>48</sup>.

A su vez, la tradición anglosajona suele diferenciar entre las dimensiones cuantitativa y cualitativa del daño. En atención a su aspec-

---

[uploads/2022/11/114-A\\_proposito\\_caso\\_kimel\\_vs-argentina\\_libertad\\_de\\_expresion\\_Adrubal\\_Aguiar.pdf](uploads/2022/11/114-A_proposito_caso_kimel_vs-argentina_libertad_de_expresion_Adrubal_Aguiar.pdf)].

48 RUSCA. “En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño”, cit., p. 815.

to cualitativo, el daño ocurre cuando a una persona “se le reducen sus posibilidades u oportunidades de poder alcanzar bienestar”<sup>49</sup>. Por supuesto, esta noción de daño resulta independiente a la calificación de inmoralidad de una conducta.

Sin embargo, el daño al que alude el principio, en respuesta a los moralistas legales, atiende solo al que es causado a terceros. La mera inmoralidad de una acción no justifica la intervención coactiva del Estado a través de la creación de un tipo penal. Luego, cuando se especifica el tipo de daño causado a terceros suelen aparecer las modalidades de: 1. Daño físico (delitos contra la vida e integridad física); 2. Daño económico (delitos contra la propiedad privada); y 3. Daño psíquico (delitos contra la honra y el buen nombre, junto con aquellos delitos que afecten la autodeterminación del sujeto pasivo).

### *C. ¿Cuáles son las consecuencias de la criminalización de conductas en virtud del principio del daño?*

El efecto aparejado a la criminalización de una conducta, que genera coacción estatal o intervencionismo, es la necesidad de evitar daños a terceros. Esto genera dos posibles interpretaciones:

– La prohibición penal de una conducta se justifica en la medida en que se prohíbe la generación de un daño o riesgo para terceros. Aquí, en contra del moralismo legal, nace el imperativo de no criminalizar acciones que sean lesivas tan solo para el propio autor. Esta posición se justifica desde “una perspectiva liberal antiperfeccionista”<sup>50</sup>.

– Existe la posibilidad que no criminalizar una conducta pueda generar daño a terceros (si se conecta con la idea de la prevención general)<sup>51</sup>.

Sin embargo, en el principio del daño aparece una situación aún irresoluble, se trata del problema del alcance. Este se traduce en la incógnita de en qué situaciones es posible invocar de modo legítimo al principio del daño, es decir ¿cuándo hay daño?

Una visión utilitarista encontraría configurado el daño cuando la acción disminuye el bienestar para la víctima o en el empeoramiento de la vida de una persona.

49 Idem.

50 Ibid., p. 819.

51 Ibid., p. 818.

## V. LA VISIÓN UTILITARISTA DEL PRINCIPIO DEL DAÑO

El utilitarismo constituye una de las teorías de la justicia construidas desde el pensamiento liberal. Por supuesto, al tratarse de una teoría de la justicia, puede ser correlacionada con el modelo de justicia retributiva que actúa como una de las funciones de la pena.

El utilitarismo fue construido por autores liberales, como JOHN STUART MILL<sup>52</sup> y JEREMY BENTHAM<sup>53</sup>, a partir del principio de utilidad. Los seres humanos tomamos a diario decisiones pensando en el beneficio o la felicidad propia. De esta manera, útil es aquello que genera felicidad y es la propiedad de cualquier objeto de producir beneficio<sup>54</sup>.

Luego, se cuestionaron los liberales ¿cuándo un Estado es útil para sus ciudadanos? La respuesta implicó la creación de la doctrina utilitarista donde es una obligación para los Estados generar el mayor bien para la mayoría de los ciudadanos; es decir, generar un bienestar promedio<sup>55</sup>.

Desde luego, en atención a diferencias numéricas o cuantitativas, la presencia de una mayoría implica que hay una minoría. La exclusión de la minoría, como regla utilitarista, fue cuestionada, al predicar la obligación estatal de generar un bienestar universal (en términos de la totalidad ciudadana). La respuesta fue anidada para una futura teoría acerca de la colisión de derechos: en la satisfacción del interés mayoritario resulta necesario el sacrificio del interés minoritario<sup>56</sup>. Esta es la situación que ocurre con la imposición de penas, se restrin-

52 London, 20 de mayo de 1806-Aviñón, 8 de mayo de 1873.

53 London, 15 de febrero de 1748-6 de junio de 1832.

54 FELIPE MURILLO CARVAJAL. "El utilitarismo clásico de Jeremy Bentham: Una discusión y revisión historiográfica alrededor del utilitarismo, su posición a la filosofía de los derechos naturales y su postura frente a la distribución de la riqueza", en *Praxis Filosófica*, n.º 55, julio-diciembre de 2022, pp. 169 a 188, disponible en [<https://praxisfilosofica.univalle.edu.co/index.php/praxis/article/view/12360/15593>].

55 Los obstáculos para la materialización de estas obligaciones del Estado liberal en el ámbito de la seguridad ciudadana se discuten en BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "Plataformas de datos abiertos, laboratorios de ciudad y gestión de la seguridad urbana en Colombia", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VIII, n.º 15, enero-junio de 2017, disponible en [<https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/80/193>].

56 ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ. "Utilitarismo y derechos humanos: ¿Un binomio irreductiblemente separable?", *Revista Especializada de Investigación Jurídica*, año 4, n.º 6, enero-junio de 2020, pp. 61 a 88, disponible en [<https://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/3489/3008>].

ge la libertad del acusado para proteger los derechos de la mayoría ciudadana.

De esta forma, la propuesta utilitarista acudió al consecuencialismo –o ética de consecuencias– para justificar la inclinación de la balanza a favor de la mayoría. En oposición a una ética de fines, la de consecuencias determina que las acciones no son buenas o malas en sí mismas, su bondad o maldad viene dada en los resultados de la acción<sup>57</sup>. ¿Es buena la acción donde, ante un perjuicio inevitable, el Estado genera bienestar general y afecta a un cumulo de individuos en particular? Para responder a esa pregunta, la ética de consecuencias –que justifica al utilitarismo– recurre al empleo de los famosos dilemas éticos o morales.

Los dilemas éticos –o *trolley cases*– fueron propuestos por PHILLIPA RUTH FOOT<sup>58</sup> con el propósito inicial de realizar un cálculo moral sobre las acciones de matar a una persona a través de su instrumentalización o matar por mano propia. Para ello, elaboró el muy conocido dilema del tranvía, junto con algunas iteraciones. Sin embargo, existe una acumulación de casos, reales e hipotéticos, alternos al dilema del tren, que permiten justificar la relevancia de la ética de consecuencias y al utilitarismo. Por ejemplo, existen hipótesis donde se afirma que durante la catástrofe del 9/11, el Gobierno de Estados Unidos tenía conocimiento sobre el destino hacia el que los secuestradores del vuelo 11 de American Airlines pensaban hacer colisionar al avión. Al interior del vuelo se encontraban 11 miembros de la tripulación, 76 pasajeros y cinco secuestradores. ¿Era más útil derribar el avión para impedir su colisión? En atención a una ética de consecuencias, existe la posibilidad de justificar el derribamiento del avión, sacrificando la vida de 86 inocentes, con el resultado de salvar miles de vidas. En el caso, por vocación de una ética de fines, no fue posible el derribamiento: cada vida vale.

57 JOSÉ TOMÁS ALVARADO MARAMBIO. "Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales", en *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.º 2, 2015, pp. 391 a 418, disponible en [<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/download/292/271>].

58 Owston Ferry, UK, 3 de octubre de 1920-Oxford, 3 de octubre de 2010.

## A. ¿Existen casos donde se emplee la ética de consecuencias como parámetro de evaluación de una acción?

*El bombardeo por parte de las fuerzas militares hacia grupos alzados al margen de la ley.* Esta situación supone el sacrificio de vidas con la procura del bienestar de la mayoría ciudadana. Sin embargo, cuando en estas situaciones se han practicado bombardeos sobre campamentos donde hay población infantil persisten críticas desde la ética de fines.

*La guerra en el Salvador, en contra de las maras salvatruchas.* Desde 2022, el presidente NAYIB BUKELE ORTEZ declaró estado de excepción con el propósito de reprimir la violencia generada por parte las bandas delincuenciales. Como es conocido en el ámbito internacional, las detenciones por parte del presidente BUKELE generaron la violación de derechos humanos, como es el caso del debido proceso. Sin embargo, la ética de consecuencias inclinaría la balanza a favor de la seguridad ciudadana de la mayoría de los ciudadanos de E Salvador.

*El clásico dilema de la tortura.* Bajo la pregunta de si es justificable la tortura para proteger la vida de la mayoría ciudadana, la ética de consecuencias y el utilitarismo reportan una respuesta de carácter afirmativo. Casos como este se han presentado cuando se tortura a un delinquente con el fin de obtener información sobre el punto donde un grupo terrorista pretende perpetrar un ataque que acabará con miles de vidas. Estos casos generan otra cuestión clásica.

## B. ¿Se justifica el castigo desde el utilitarismo y la ética de consecuencias?

Según ANDREW VON HIRSCH, el fin último de la pena es el de la máxima prevención de delitos<sup>59</sup>. Esta prevención se subdivide en dos niveles: 1. *Prevención general*: Marcada por el cuantificador universal (para todos los ciudadanos); y 2. *Prevención especial*: Relacionada con las personas condenadas<sup>60</sup>.

59 MARÍA MARTÍN LORENZO. "Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de von Hirsch y Hornle", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 2, 1997, pp. 533 a 560, disponible en [<https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/369/369>].

60 JOSÉ CID MOLINÉ. "Prevención de delitos y utilitarismo. Una confusión censurable: (a

Luego, se podría cuestionar si para el utilitarismo la finalidad de las penas es la de prevenir delitos. La respuesta resulta afirmativa desde el cálculo de bienestar promedio o principio de efectividad.

Aquí, si la imposición de la pena que disminuye felicidad para el sujeto activo es la mejor forma de incrementar la felicidad de la mayoría, entonces se justifica.

## CONCLUSIONES

La existencia de tipos penales como el de inducción a la prostitución en el sistema legal colombiano, aún ponen en duda la universalidad acerca de la naturaleza liberal de las penas privativas de la libertad. El rasgo moralista de este tipo penal, que obró como contra ejemplo, perfiló la existencia, aún presente, del moralismo legal en la construcción de ciertos tipos penales<sup>61</sup>.

Cuando al caso tomado como contra ejemplo se le cuestiona dónde obra un daño, vuelven a aparecer las tesis del moralismo legal, que apuestan a la criminalización de conductas autodestructivas. Pero si el daño se traduce en reducción de bienestar –particular o general– entonces es posible justificar la imposición de penas con ayuda de las tesis utilitaristas.

Por ocasión de algunos tipos penales con visos de moralismo legal se llegó al problema de investigación: ¿la conjunción entre el principio del daño y el utilitarismo permite justificar las penas?

En la respuesta al problema se exploraron las antítesis del principio del daño: el moralismo legal y el perfeccionismo ético, la imposición de penas como una forma de paternalismo jurídico y la conjunción entre la ética de consecuencias y el utilitarismo como formas de justificar el fin preventivo de las penas.

Para detallar al moralismo legal se recurrió a la teoría del trialismo jurídico, donde se entiende que la calificación de maldad de una

---

propósito de “censurar y castigar” de A. von Hirsch”, en *Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, n.º 35, julio de 1999, pp. 20 a 27, disponible en [<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/1999/07/revista-35-julio-1999.pdf>].

61 Su introducción en esos términos parece obedecer a un proceso de construcción social de la realidad, donde el moralismo es una tipificación GERMÁN SILVA GARCÍA. “Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho”, en *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/issue/view/79>].

acción genera la necesidad de su prohibición penal (como estatus deóntico). A su vez, se analizó que la unión entre el moralismo legal y el perfeccionismo ético pueden derivar en la imposición de deberes de perfeccionamiento humano que, ante su omisión, pueden generar una intervención coactiva a través del arma del derecho penal. Esto permitió cuestionar cuáles son los límites a la injerencia estatal. La respuesta generó la necesidad de hacer análisis acerca del paternalismo jurídico e intervencionismo estatal.

Los resultados de investigación permitieron inferir que la actuación paternalista del Estado se justifica en la medida en que se pretende evitar el daño o reducirlo. Por lo tanto, el intervencionismo estatal, aparejado con la noción del principio del daño, permiten justificar la criminalización de conductas.

Luego, el análisis correlacional del principio del daño y el principio de lesividad, generó dos hipótesis: 1. El daño a terceros obra como parámetro de criminalización de conductas; y 2. El principio del daño obra, a su vez, como límite a la actuación paternalista (en el caso del daño a sí mismo).

Una lectura utilitarista del principio del daño (enfocado en terceros) permitió concluir que con ayuda de la ética de consecuencias es posible justificar las penas en categoría de máxima prevención.

Por lo tanto, la unión entre el principio del daño, el paternalismo jurídico, el utilitarismo y la ética de consecuencias genera una justificación de la función preventiva de las penas.

## BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Memorias xx Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 1998.

AGUIAR, ASDRÚBAL. "A propósito del caso Kimel vs. Argentina. La libertad de expresión: ¿Piedra angular de la democracia?", *Revista Derecho Público*, n.º 114, abril-junio de 2008, pp. 21 a 54, disponible en [[https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2022/11/114-A\\_proposito\\_caso\\_kimel\\_vs-argentina\\_libertad\\_de\\_expcion\\_Asdrubal\\_Aguiar.pdf](https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2022/11/114-A_proposito_caso_kimel_vs-argentina_libertad_de_expcion_Asdrubal_Aguiar.pdf)].

AGUILAR DOMÍNGUEZ, ALEXIS. "Utilitarismo y derechos humanos: ¿Un binomio irreduciblemente separable?", *Revista Especializada de Investigación Jurídica*, año 4, n.º 6, enero-junio de 2020, pp. 61 a 88, disponible en [<https://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/3489/3008>].

AGUILAR CAVALLO, GONZALO; PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA y ANTONIO MILLA (eds.). *Reflexiones sobre democracia, análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE-, 2023, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/369/829/1698>].

ALVARADO MARAMBIO, JOSÉ TOMÁS. “Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.º 2, 2015, pp. 391 a 418, disponible en [<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/download/292/271>].

BELTRÁN CÁRDENAS, LADY ANDREA. “Delito y subcultura carcelaria: ¿Cómo minimizar el proceso de desocialización?”, en *Novum Jus* vol. 16, n.º 1, enero-junio de 2022, pp. 99 a 113, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4107/4102>].

BELTRÁN CÁRDENAS, LADY ANDREA. “El fin de la pena privativa de la libertad: Entre la utopía y el confinamiento”, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2019, disponible en [<https://bfffrepositorio.unal.edu.co/server/api/core/bitstreams/98614214-78bd-4403-993f-1a893423aea3/content>].

BELTRÁN CÁRDENAS, LADY ANDREA y OMAR ANTONIO HERRÁN PINZÓN. “Los inimputables en el sistema penal colombiano: ¿Vulneración a la mínima intervención o medida necesaria?”, en *Hallazgos*, vol. 21, n.º 42, julio-diciembre de 2024, pp. 143 a 156, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/hallazgos/article/view/9713/8550>].

BERNAL CUÉLLAR, JAIME (coord.). *xxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 2003.

CEPEDA RINCÓN, FRANCISCO DE JESÚS y GUADALUPE FRINÉ LUCHO GONZÁLEZ. *Migrantes, refugiados y derechos humanos*, t. II, pp. 371 a 392, México D. F., Tirant Lo Blanch, 2024.

CID MOLINÉ, JOSÉ. “Prevención de delitos y utilitarismo. Una confusión censurable: (a propósito de “censurar y castigar” de A. von Hirsch)”, en *Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, n.º 35, julio de 1999, pp. 20 a 27, disponible en [<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/1999/07/revista-35-julio-1999.pdf>].

CORNEJO AMORETTI, LEANDRO. “John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo”, *Derecho y Sociedad*, n.º 48, 2017, pp. 13 a 32, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18972/19198>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DIAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-221-94.htm>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS –CIDH-. Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, (fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)].

DWORKIN, GERALD. “Paternalism”, en *The Monist*, vol. 56, n.º 1, 1972, pp. 64 a 84, disponible en [<https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-san-andres/teoria-del-derecho/dworkin-g-paternalism/51170922>].

DWORKIN, RONALD. "Lord Devlin and the enforcement of morals", en *The Yale Law Journal*, vol. 75, n.º 6, 1966, pp. 986 a 1.005.

FORTICH NAVARRO, MÓNICA PATRICIA (ed.). *Derecho, memoria e historia en Hispanoamérica*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2018.

FRANCISCO VELÁSQUEZ, HUGO JOSÉ. "Esclareciendo el concepto de lógica deóntica", en *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 18, n.º 45, enero-abril de 2021, pp. 457 a 485, disponible en [<https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/826/pdf>].

GALLEGO SAADE, JAVIER. "El problema del moralismo legal en el derecho penal", *Revista de Estudios de Justicia*, n.º 14, 2011, disponible en [<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28565/30324>].

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. "Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado Constitucional", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 56, 2022.

GONZÁLEZ CABRERA, CLAUDIA KAROLINA; JUAN SEBASTIÁN VALENCIA y FERNANDA NAVAS CAMARGO. "Fuerza, resistencia y velocidad: ¿Un impedimento para la justa competencia de los deportistas transgénero y su proyecto de vida digna?", en GONZALO AGUILAR CAVALLO, PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA y ANTONIO MILLA (eds.). *Reflexiones sobre democracia, análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2023, disponible en [<https://libro-electronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/369/829/1698>], pp. 111 a 144.

GONZÁLEZ MONGÚÍ, PABLO ELÍAS. "El *ius puniendo* en la Nueva Granada Colonial", en MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO (ed.). *Derecho, memoria e historia en Hispanoamérica*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2018.

GONZÁLEZ MONGÚÍ, PABLO ELÍAS (coord.). *Derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Ibáñez, 2023.

HART, HERBERT L. A. *Derecho, libertad y moralidad*, Dykinson, 2007.

HOLTUG, NILS. "The harm principle", en *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 5, n.º 4, December 2002, pp. 357 a 389.

LELL, HELGA MARÍA. "El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 48, n.º 129, 2018, pp. 439 a 458, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/808/628>].

Ley 30 de 30 de enero de 1986, *Diario Oficial*, n.º 37.335, de 5 de febrero de 1986, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30044127>].

Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>].

MALEM, JORGE. "La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart", en *Debate Feminista*, vol. 18, 1998, pp. 33 a 52, disponible en [[https://debatefeminista.cieg.unam.mx/index.php/debate\\_feminista/article/view/469/401](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/index.php/debate_feminista/article/view/469/401)].

MARCIANI BURGOS, BETZABÉ. “¿Autonomía sin virtud?: ¿Puede admitirse el perfeccionismo ético en un Estado liberal que busca el bienestar de sus ciudadanos?”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 23, 2018, pp. 109 a 118, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20949/20641>].

MARTÍN LORENZO, MARÍA. “Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de von Hirsch y Hornle”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 2, 1997, pp. 533 a 560, disponible en [<https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/369/369>].

MENDOZA PERDOMO, JUAN FRANCISCO. “¿Debe ser punible la inducción a la prostitución? Estudio de su fundamentación, estructura dogmática y problemática”, en *Novum Jus*, vol. 8, n.º 1, enero-junio de 2014, pp. 77 a 93, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/650/668>].

MURILLO CARVAJAL, FELIPE. “El utilitarismo clásico de Jeremy Bentham: Una discusión y revisión historiográfica alrededor del utilitarismo, su posición a la filosofía de los derechos naturales y su postura frente a la distribución de la riqueza”, en *Praxis Filosófica*, n.º 55, julio-diciembre de 2022, pp. 169 a 188, disponible en [<https://praxisfilosofica.univalle.edu.co/index.php/praxis/article/view/12360/15593>].

NAVAS CAMARGO, FERNANDA; JAIME CUBIDES CÁRDENAS y EDUARDO SANTIAGO RODRÍGUEZ MOJICA. “Desde la migración legal, hasta la configuración de un delito transnacional”, en FRANCISCO DE JESÚS CEPEDA RINCÓN y GUADALUPE FRINÉ LUCHO GONZÁLEZ. *Migrantes, refugiados y derechos humanos*, t. II, pp. 147 a 162, México D. F., Tirant Lo Blanch, 2024.

ORSINI MARTINELLI, JOÃO PAULO; JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO y HUMBERTO SOUZA SANTOS. “El *harm principle* y su reflejo en el derecho penal: Una lectura a partir de Joel Feinberg”, JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA (trad.), *Revista Penal México*, vol. 7, n.º 13, septiembre de 2017-febrero de 2018, pp. 103 a 122, disponible en [<https://revistacienciasinacipe.fgr.org.mx/index.php/01/article/view/279/243>].

OSORIO MUÑOZ, JOSÉ LUIS. “El perfeccionismo modesto, una propuesta iusfilosófica a las sentencias C-221/94, C-040/06 y C-491/12 de la Corte Constitucional Colombiana”, en *Criterio Libre Jurídico*, vol. 11, n.º 2, 2014, pp. 35 a 50, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7830013.pdf>].

PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “Búsquedas de sentido y confianza complementaria en sociedades post-tradicionales”, *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. XII, n.º 23, enero-junio de 2021, disponible en [<https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/llaeOjs/article/view/264/611>].

PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “El régimen político y el control de la conflictividad social en Colombia”, en *Cultura Latinoamericana. Revista de Estudios Interculturales*, vol. 39, n.º 1, enero-junio de 2024, pp. 194 a 213, disponible en [<https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/6479/5395>].

PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “Justicia y paz en Cundinamarca y Bogotá: Balance regional de la ley de Justicia y Paz”, en ELVIRA MARÍA RESTREPO y BRUCE BAGELY (comps.) *La desmovilización de los paramilitares en Colombia. Entre el escepticismo y la esperanza*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. "Plataformas de datos abiertos, laboratorios de ciudad y gestión de la seguridad urbana en Colombia", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VIII, n.º 15, enero-junio de 2017, disponible en [<https://nuevospa-paradigmas.ilae.edu.co/index.php/liaeOjs/article/view/80/193>].

PEZZETTA, SILVANA. "El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución. Algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 11, 2007/2008, pp. 245 a 255, disponible en [<http://rtfd.es/numero11/13-11.pdf>].

PORCIELLO, ANDREA. "Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 56, 2022, pp. 217 a 244, disponible en [<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21695/22512>].

PRIETO SALAS, MANUEL ASDRÚBAL. "La moralidad como base para el proceso de axiomatización", en *Novum Jus*, vol. 9, n.º 1, enero-junio de 2015, pp. 29 a 49, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/554/575>].

PRIETO SANJUÁN, RAFAEL (coord.) *Sociología jurídica: Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003.

RESTREPO, ELVIRA MARÍA y BRUCE BAGELY (comps.) *La desmovilización de los paramilitares en Colombia. Entre el escepticismo y la esperanza*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

RUSCA, BRUNO. "En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño", *Política Criminal*, vol. 15, n.º 30, diciembre de 2020, pp. 811 a 839, disponible en [<https://www.scielo.cl/pdf/politrim/v15n30/0718-3399-politrim-15-30-811.pdf>].

SIERRA ZAMORA, PAOLA ALEXANDRA; WILLIAM YEFFER VIVAS LLOREDA y JUAN MANUEL MOREL PÉREZ. "La comunidad LGTBIQ en relación con el derecho al nombre y de identidad de género", *Revista Argumentum*, vol. 20, n.º 1, enero-abril de 2019, pp. 359 a 379, disponible en [<https://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1112/710>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Crisis y transformaciones en el control social penal en el contexto de la cultura jurídica colombiana", en *Cultura Latinoamericana*, vol. 39, n.º 1, 2024, pp. 156 a 192, disponible en [<https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/6478/5394>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Delito y reacción penal", en GERMÁN SILVA GARCÍA (ed.). *Tratado latinoamericano de sociología jurídica*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2023, pp. 369 a 419, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/392/878/1817>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "El control penal sobre la sexualidad. Fundamentos, extralimitaciones y limitaciones", en AA. VV. *Memorias xx Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 1998.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III, "La administración de justicia", Bogotá, Externado e Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos -ILSA-, 2001.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena", en JAIME BERNAL CUÉLLAR (coord.). *xxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 307 a 341.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho", en *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/issue/view/79>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. 1, n.º 1, enero-junio de 2010, pp. 59 a 86, disponible en [<https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/221/474>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN (ed.). *Tratado latinoamericano de sociología jurídica*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2023, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/392/878/1817>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN; ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "The debate concerning deviance and divergence: A new theoretical proposal", en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 14, n.º 2, 2024, pp. 505 a 529, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1813/2197>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. "'El baile de los que sobran'. Profesión jurídica: Poder político y exclusión en Colombia", en *Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 19, n.º 1, 2024, pp. 25 a 51, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/10065/8524>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "La evaluación de la investigación publicada en libros y su impacto en la educación superior colombiana", *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 10, n.º 2, 2023, pp. 101 a 120, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/71285/75424>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. "The Distortions of Mainstream Criminology in the Global North: Towards A Southern Criminological Worldview", en *Novum Jus*, vol. 19, n.º 1, enero-abril de 2025, pp. 393 a 418, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/6565/5887>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN y JOHANA BARRETO MONTOYA. "Avatares de la criminalidad de cuellos blanco transnacional", *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.º 39, 2022, pp. 609 a 629, disponible en [<https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/1042/879>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN y PAMELA TINOCO ORDÓÑEZ. "Delitos sexuales", en PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ (coord.). *Derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Ibáñez, 2023.

SILVA GARCÍA, GERMÁN y PAMELA TINOCO ORDÓÑEZ. "La justicia restaurativa. Un parangón entre la justicia penal y la transicional", en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 26, n.º 57, 2024, pp. 483 a 504, disponible en [<https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/26801/23317>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN y RAFAEL VELANDIA MONTES. "Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas", en RAFAEL PRIETO SANJUÁN (coord.) *Sociología jurídica: Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003.

TIRADO ACERO, MISAEL; ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. *La política antidrogas. Nuevos horizontes de cambio en el control de la oferta y la demanda*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016.

VELASCO CÓRDOBA, EDUARDO ARTURO. "La función de prevención general de la pena ¿una utopía? La prevención general y los medios de información", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. IX, n.º 18, julio-diciembre de 2018, pp. 75 a 88, disponible en [<https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/liaeOjs/article/view/43/103>].

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. "Límites a la función punitiva estatal", *Derecho y Sociedad*, n.º 21, 2003, pp. 93 a 116, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17355/17641>].