

III. LIBERTAD Y PRINCIPIO DE DAÑO. JOHN STUART MILL

Otro autor clásico para el tema de la libertad es John Stuart Mill. Mill, que es citado como un ejemplo de intelectual formado desde su más tierna infancia en los más elevados vericuetos del pensamiento,³⁶ escribió en la última parte de su prolífica vida un pequeño ensayo que hizo fortuna, y que se ha convertido en una referencia obligada para nuestro tema. El título de su ensayo es *Sobre la libertad*, publicado originalmente en 1859. Se trata de lo que podríamos calificar como la versión liberal estándar, desde la cual podemos asomarnos al concepto de libertad y sus implicaciones.

Al inicio de su ensayo, Mill define muy bien su objetivo: analizar la libertad “social o civil”, para lo cual se propone indagar “la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”, lo cual representa “la cuestión vital del porvenir”.³⁷ Aunque Mill apunta que se trata de una cuestión que raramente se ha planteado con anterioridad, su exposición más bien parece reflejar las preocupaciones del pensamiento de la Ilustración que está en la base histórica del surgimiento del Estado constitucional. Ya Montesquieu había apunta-

³⁶ Berlin recuerda que Mill “a los cinco años sabía griego; a los nueve álgebra y latín... John Mill poseía, al cumplir los doce años, los conocimientos de un hombre de treinta, excepcionalmente erudito”. Véase Berlin, Isaiah, *Sobre la...*, cit., nota 14, p. 259.

³⁷ Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997, p. 81.

do en *El espíritu de las leyes* la necesidad de dividir al poder “para preservar la libertad”. Y algo muy parecido puede encontrarse en las motivaciones que dan lugar a la promulgación de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.³⁸ Toda la lucha contra el Estado feudal fue una lucha por imponer límites al poder de intromisión del Estado en la vida de los particulares.

El constitucionalismo fue la respuesta de la razón ilustrada a los excesos del poder despótico. Mill lo reconoce desde el inicio

³⁸ La bibliografía sobre la Declaración, que es uno de los textos más importantes en la historia de la humanidad, es inabarcable; para una primera aproximación, quizá sean de interés las siguientes referencias: Bluche, Frédéric *et al.*, *La Révolution française*, 6a. ed., París, PUF, 2003; Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y est. preliminar de Adolfo Posada, est. introd. de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003; Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH, 2005; Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. y presen. de Pablo Pérez Tremps, Madrid, CEC, 1996; Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, FCE-CNDH, 1999; García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994; García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. III; González Amuchástegui, Jesús (comp.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984; Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998; Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. III; Troper, Michel y Jaume, Lucien (dirs.), *1789 et l’invention de la Constitution*, París, LGDJ, 1994; varios autores, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, París, Economica, 1993; Wachsmann, Patrick, “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, en Alland, Denis y Rials, Stéphane (dirs.), *op. cit.*, nota 5; Carbonell, Miguel, “Notas sobre el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, en varios autores, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II, pp. 149-166.

de su ensayo cuando apunta que en el mundo antiguo (aunque utiliza estas palabras, en realidad creo que debe referirse al siglo XVIII):

El fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad. Se intentaba de dos maneras: primera, obteniendo el reconocimiento de ciertas inmunidades llamadas libertades o derechos políticos, que el gobierno no podía infringir sin quebrantar sus deberes, y cuya infracción, de realizarse, llegaba a justificar una resistencia individual y hasta una rebelión general. Un segundo posterior expediente fue el establecimiento de frenos constitucionales, mediante los cuales el consentimiento de la comunidad o de un cierto grupo que se suponía el representante de sus intereses era condición necesaria para algunos de los actos más importantes del poder gobernante.³⁹

En realidad Mill se refiere en su primera opción a los derechos fundamentales, entendidos sobre todo como derechos de libertad o “derechos-defensa” frente al Estado (no todavía como derechos a prestaciones o derechos sociales). En su segunda opción Mill parece vincular los “frenos constitucionales” con la representación política, lo que en rigor no queda muy claro. Lo importante es destacar la identificación, así sea general, que hace Mill del Estado constitucional como forma de proteger la libertad.

Quizá lo que sí resulta un tanto novedoso del pensamiento de Mill es la identificación de la sociedad como factor de opresión. Es decir, no se trataría solamente de limitar a los poderes públicos, sino también a los poderes privados que pueden interferir ilegítimamente en nuestras libertades. La sociedad puede ser una jaula opresora tan fantástica como cualquier tiranía. Hay algunas

³⁹ Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, pp. 82 y 83.

frases de Mill que ilustran muy bien su pensamiento en este punto, y que son de gran interés para la comprensión contemporánea de la libertad. Dice Mill:

El pueblo, por consiguiente, *puede* desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier otro abuso del Poder... (la tiranía social es) más formidable que muchas de las opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios para escapar de ella, pues penetra mucho más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma. Por esto no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión y sentimientos prevalentes; contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos de las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si fuera posible, a impedir la formación de individualidades originales y obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio.⁴⁰

Hay muchas reflexiones que pueden desprenderse de esas palabras. Algunos analistas de la vida de Mill han señalado que sus afirmaciones fueron motivadas por la experiencia de su propio recorrido vital y, en concreto, por el hecho de haber vivido una larga relación pública con una mujer casada (Harriet Taylor), lo cual en el ambiente de la Inglaterra del siglo XIX le debe haber supuesto un alto costo social. La relación con Harriet Taylor (a quien Mill le hace una efusiva y quizá exagerada dedicatoria al inicio de *Sobre la libertad*) le supuso a nuestro autor diversas afectaciones personales, pues lo llevó a romper con muchos de sus amigos y a recluírse en una vida exclusivamente privada, al grado de que los últimos años de su existencia —cuando finalmente se puede casar con Harriet Taylor a la muerte del marido de ésta— abandona Inglaterra y se va a vivir a Francia. Se trata,

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 86 y 87.

como quiera que sea, de un buen ejemplo sobre la manera en que las experiencias biográficas tienen repercusión en el trabajo teórico de los más grandes pensadores (y también de los no tan grandes, sin duda).

Otra reflexión que podemos hacer, a partir de las frases que transcribimos, se refiere a la enorme influencia de los poderes privados. Como lo veremos con algún detalle más adelante, ahora los peligros de la libertad no provienen solamente de los poderes públicos. Todavía más: no provienen ni siquiera *principalmente* de los poderes públicos. Puestos a ver la forma en que se nos “obliga” a seguir ciertas pautas (sociales, profesionales, políticas, económicas, familiares, etcétera), no es difícil llegar a la conclusión de que los mayores riesgos para la libertad vienen de los propios particulares, cuando ejercen eso que Mill no dudaba en calificar como “tiranía de la opinión y sentimiento prevalecientes” en una sociedad.

Para los juristas, el tema reviste un especial interés porque los obliga a tener que repensar algunas de las premisas con las que se ha trabajado en la ciencia del derecho desde hace más de 200 años. En particular, para quienes se dedican al derecho constitucional, las advertencias de Mill suscitan muchas reflexiones sobre la manera en que se puede limitar y/o controlar a los poderes privados, de tal forma que no puedan coaccionar a las personas e impedirles el ejercicio de las libertades. Mill advierte en su texto la importancia de llevar a cabo este ejercicio de limitación y control cuando señala lo siguiente: “Hay un límite a la intervención legítima de la opinión colectiva en la independencia individual: encontrarlo y defenderlo contra toda invasión es tan indispensable a una buena condición de los asuntos humanos como la protección contra el despotismo político”.⁴¹

Aunque se trata de una advertencia lanzada desde la segunda mitad del siglo XIX, no es sino hasta bien avanzado el siglo XX

⁴¹ *Ibidem*, p. 87.

cuando las lentas estructuras jurídicas comienzan a percibir el tamaño del reto consistente en controlar a los “poderes privados”. En 1958, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emite una muy conocida sentencia (la del famoso caso “Lüth”) en la que de forma pionera expone la necesidad de preservar los derechos fundamentales en la esfera de relaciones de los particulares.⁴² De esta manera se inicia una larga marcha que exige modificaciones profundas de las concepciones constitucionales clásicas. Los derechos fundamentales amplían su esfera de tutela y se dirigen a regir no solamente las relaciones entre autoridades y particulares (propia del derecho constitucional y del derecho administrativo) sino también las que se llevan a cabo entre meros particulares (propia del derecho civil, mercantil y, durante muchos años, laboral). En el siglo XXI esta lucha continúa y se ha hecho más intensa en la medida en que los poderes privados (calificados bajo ciertas modalidades por Ferrajoli como “poderes salvajes”)⁴³ se

42 Un análisis del caso, y del debate que suscitó posteriormente en la dogmática constitucional alemana, puede verse en Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 68 y ss. Los pasajes más importantes de la sentencia se encuentran en traducción al español en la obra de Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación K. Adenauer, 2003, pp. 133-137. El origen del caso se encuentra en la exhortación que un particular hizo para que el público boicoteara una película realizada por otro particular. El primero de ellos fue demandado civilmente y condenado por los tribunales ordinarios. Al conocer del recurso extraordinario, el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución alemana “no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral”; por el contrario, el orden de valores que impone la Constitución, el cual “encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, *debe ser válido para todas las esferas del derecho*; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él”.

43 Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en Carbonell, M. *et al.* (coords.), *Estrate-*

han vuelto más influyentes, haciendo sombra, ridiculizando y re-basando en muchos aspectos a los poderes públicos.⁴⁴

Quizá la mayor aportación (al menos una de las más citadas) de John Stuart Mill a la comprensión de los alcances de la libertad y a la definición de las fronteras entre libertad y dominio (sea público o privado), consiste en su clásica enunciación del llamado “principio de daño”. Este principio se basa en la idea de que deberíamos poder hacer —sin interferencias o coacciones— todo aquello que no dañe a otros. Las palabras de Mill, que según su autor intentan explicar “un principio muy sencillo que debe gobernar absolutamente la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que suponga imposición o control”, son las siguientes:⁴⁵

Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. *Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros.* Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de ha-

gias y propuestas para la reforma del Estado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 99-110.

⁴⁴ La bibliografía sobre este tema ha ido aumentando en los años recientes, sobre todo en el ámbito de habla hispana (en otras lenguas hay aportaciones anteriores). A modo de textos representativos y muy destacados pueden citarse los siguientes: Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 42; Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004.

⁴⁵ Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, pp. 94 y 95.

cerlo, porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirle o suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro. *La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás*. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.

Son innumerables las consecuencias que se pueden extraer de este principio, en casi todos los ámbitos de la vida humana. El derecho, la política, la economía, la sociología y quizá hasta la historia pueden ser entendidos y desarrollados de muy distinta forma si tomamos como punto de partida la frase de Mill sobre el principio de daño.

Su utilidad consiste, entre otras cuestiones, en señalar una frontera intraspasable para los poderes públicos y para los poderes privados: la que concierne al cuerpo de las personas y a los actos humanos que no trasciendan hacia la esfera jurídica o moral de los demás. Esa frontera es la que señala, en un primer momento, hasta dónde pueden llegar las reglas del derecho o de la ética. La soberanía sobre el propio cuerpo se proyecta en una serie de cuestiones tan dispares como el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, los tatuajes, las prácticas sexuales, etcétera.⁴⁶ Para José Luis Gómez Colomer, “el principio de daño cumple la función de proveer un criterio para el ejercicio del poder del Estado, y delimitar el alcance y los límites del derecho, criterio que autoriza a prohibir y castigar acciones como el asesi-

⁴⁶ Muchas de estas cuestiones han sido explicadas, partiendo del talento del más destacado liberal que ha conocido la ciencia jurídica de América Latina, en Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.

nato, la violación o el robo solamente porque, y en la medida en que, causan daño a otros”.⁴⁷

Es de nuevo Gómez Colomer quien acierta al señalar que:

La fortuna del texto de Mill no deriva sólo del atractivo que para muchos representa su defensa radical de la individualidad frente a las presiones autoritarias o grupales hacia el conformismo y la uniformidad, sino de su capacidad para condensar algunos de los elementos, argumentos y problemas centrales de la cuestión que aborda en pocas y decisivas palabras que, en buena medida, son todavía las nuestras.⁴⁸

El análisis sobre el principio de daño puede hacerse tomando como punto de partida diversas perspectivas. En este momento me interesa centrar la discusión en dos de ellas, que en parte se encuentran relacionadas:

a) La primera tiene que ver con la pregunta acerca de la posibilidad de imponer límites a la libertad para proteger al individuo frente a ciertos riesgos objetivos. Por ejemplo, si sabemos científicamente que fumar cigarrillos es perjudicial para la salud, ¿podemos imponerle a una persona, por la vía que sea, la prohibición de fumar? En otras palabras: ¿cuándo y de qué manera se justifican las medidas de protección al individuo, incluso sobre conductas que solamente lo perjudican a él?

b) La segunda se refiere a una cuestión un tanto específica dentro de la teoría del derecho y, en particular, dentro de la teoría del derecho penal: ¿cómo determinar qué conductas causan daño a otros, para efecto de institucionalizar su prohibición por medio de las normas penales? Es decir, ¿qué acciones humanas se pueden considerar como conductas lesivas, y que por tanto

⁴⁷ Gómez Colomer, José Luis, “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en Díaz, Elías e *id.* (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, p. 183.

⁴⁸ *Idem.*

caen fuera del ámbito de libertad protegido por la lógica del “principio de daño” de Mill?

La primera perspectiva nos conduce a la discusión sobre el llamado “paternalismo”, sea jurídico o sea moral, mientras que la segunda nos encamina hacia el principio de lesividad que ha sido estudiado con profusión por los teóricos del derecho y por los especialistas en derecho penal.

Antes de pasar a los breves comentarios que se verterán sobre ambos asuntos, es conveniente apuntar al menos una de las críticas que se le hacen al principio de daño tal como lo entiende Mill. La noción de “daño”, se dice, es un concepto que no se puede definir *a priori*, sino que requiere de una fundamentación o justificación.⁴⁹ ¿cuándo y por qué entendemos que cierta conducta causa un daño?

La fundamentación o justificación del daño debe partir de concepciones morales, por lo que se corre el riesgo de devolver la pelota al campo de la moral social predominante, que es precisamente de lo que quería escapar Mill. En principio, podríamos salvar en parte este problema aceptando que el daño debe ser un daño “jurídicamente” determinado, lo que excluye la posibilidad de entender como causante de daño a conductas contrarias simplemente a convicciones morales o religiosas (el concepto de delito excluye a la calificación, como tales, de los pecados, por mencionar un ejemplo).

Otra observación crítica que se le hace al principio de daño es que se centra solamente en el valor de la individualidad (o de la autonomía), cuando pueden existir otros valores social e individualmente relevantes que justifiquen una limitación de aquella. Por ejemplo, la felicidad individual o colectiva, la protección de la fe religiosa, etcétera. La respuesta a estos argumentos es relativamente sencilla, aunque quizá un tanto autorreferente: la protección de la individualidad y de la autonomía viene antes sencii-

⁴⁹ Una discusión más amplia sobre este punto puede verse en *ibidem*, pp. 184 y 185.

llamente porque sin ellas no es posible aspirar a construir, desde la libertad y con justicia, ningún otro tipo de valores. Sin autonomía personal no puede existir una verdadera profesión de la fe, ni hay mucho margen para encontrar la felicidad, la cual no puede ser impuesta por terceros, sino perseguida tenaz e indefectiblemente por cada persona en lo individual, a partir de existencias y experiencias únicas e irrepetibles.

1. *Paternalismo*

Para el liberalismo, a partir de los postulados de Mill, la autonomía de la persona entendida como valor socialmente compartido no puede permitir que el Estado determine cuáles son las formas de vida que merecen la pena y cuáles no.⁵⁰ Pero, ¿lo anterior significa que el Estado debe respetar *cualquier* plan de vida? Incluso los ultraliberales aceptan que el Estado puede limitar la libertad a través de normas jurídicas, partiendo de la base o tomando en cuenta el principio de daño al que ya hemos hecho referencia: somos libres para llevar a cabo una conducta, siempre que esa conducta no dañe a los demás; de hecho, el principio de daño tendría que estar en la cúspide del ordenamiento jurídico, de forma tal que rigiera la actuación de todos los poderes constituidos y el contenido de todas las normas infraconstitucionales. Carlos S. Nino explica la adopción en el ámbito constitucional del principio de daño, como criterio rector para limitar la autonomía con las siguientes palabras:

Una Constitución tiene por fin institucionalizar la deliberación pública por medio de la cual la respectiva sociedad establece los principios morales intersubjetivos sobre la base de los cuales deben resolverse los conflictos entre sus miembros y organizarse su cooperación. Dado que la deliberación pública está basada en el

⁵⁰ Rosenkrantz, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en varios autores, *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992, p. 13.

valor de la autonomía, él debe ser reconocido por tal Constitución. El reconocimiento debe comprender el carácter irrestricto del valor de la libre elección de ideales personales y planes de vida, lo que implica la adopción del principio de daño, según el cual una acción no puede ser interferida por el Estado o por otros individuos si no causa daño a terceros. También la Constitución debe reconocer el valor de la individualidad, que no está sujeta a grados ni, por supuesto, a ninguna propiedad empírica (raza, nacionalidad, sexo) o valorativa (religión, ideología) que no fundamente la identidad de los seres humanos, y que implica que no hay razón para restringir la autonomía de un individuo en beneficio de una mayor autonomía de otro individuo. Asimismo, la posibilidad de que haya normas justificadas que hagan del consentimiento de los individuos una condición de consecuencias restrictivas de la propia autonomía debe ser reconocida por la Constitución.⁵¹

El principio de daño, como ya se apuntaba, está lejos de ser claro cuando se le quiere aplicar a un sinnúmero de conductas concretas, como lo demuestra la historia reciente. ¿Qué sucede cuando aplicamos el principio de daño al consumo de estupefacientes, a las relaciones sexuales o a las decisiones sobre la propia vestimenta? La historia nos ofrece ejemplos que cómo una mala comprensión o una utilización deliberadamente torcida del principio de daño ha tenido efectos devastadores para la libertad, incluso en países democráticos. Pongamos algunos ejemplos.

En 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia en la que afirmaba la constitucionalidad (es decir, la corrección moral desde la óptica de la Constitución) de una ley local que sancionaba con pena de prisión las relaciones homosexuales entre varones, incluso si se celebraban de común acuerdo, en privado y entre personas mayores de edad (se trata del caso

⁵¹ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, en varios autores, *op. cit.*, nota anterior, p. 79.

Bowers vs. Hardwick).⁵² Todavía en la actualidad existen leyes estatales en Estados Unidos que castigan con penas de prisión las relaciones sexuales por vía anal.⁵³ En el mismo país, sin embargo, la Corte ha extendido de manera muy amplia el derecho a la intimidad para proteger la decisión de la mujer de tomar anticonceptivos o incluso para que mujeres menores de edad pudieran realizarse una interrupción voluntaria del embarazo sin el consentimiento de los padres.⁵⁴ Lo que ponen de manifiesto ambos extremos es la gran dificultad para proceder a la regulación de la libertad, y la variabilidad que el ámbito de la autonomía personal puede tener, incluso dentro de un mismo país.

Pero además, en el caso de la prohibición de las relaciones homosexuales, se demuestra que la imposición social (con el auxilio del derecho) de cierta moral sexual es completamente inapropiada desde un punto de vista liberal. En una sociedad democrática, las personas cuentan con la libertad de tener sus propios conceptos acerca de la moral sexual y de conducirse conforme a ella; lo que no pueden hacer es imponerles esa moral a los demás. Las libertades del Estado constitucional le permiten a cualquier persona pensar, actuar y hablar en contra de ciertas conductas, las cuales puede considerar como ofensivas o degradantes, pero los demás son libres de escucharla o de seguir cami-

⁵² Para una primera aproximación al caso, Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 230 y ss. Véase, también, Carbonell, Miguel, “*Bowers vs. Hardwick*: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 119, mayo de 2005, pp. 33-35.

⁵³ Un análisis muy completo del contexto de estas leyes y de sus efectos puede verse en Eskridge, William, *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America 1861-2003*, Nueva York, Penguin, 2008.

⁵⁴ Véase la exposición que hace Tribe, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York-Londres, Norton and Company, 1992, así como la aproximación más filosófica de Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.

nando, y desde luego, son libres de comportarse —respecto de su intimidad— como mejor lo prefieran.

Ahora bien, ya que se acaba de mencionar el tema de la intimidad, como espacio resguardado de la mirada de los demás dentro del cual nos podemos sentir más libres, cabe al menos apuntar que la teoría feminista ha dirigido una fuerte crítica hacia las versiones más “libertarias” sobre su alcance. Para algunas teóricas del feminismo, sobre todo en el ámbito de la academia estadounidense, el dejar la acción íntima libre de toda regulación, lo que en realidad produce no es una esfera de mayor libertad, sino simplemente el predominio del más fuerte, que suele ser el hombre.

En el caso de la regulación legislativa del aborto, algunas teóricas del feminismo —como la reconocida profesora de Harvard, Catherine MacKinnon— argumentan que dejar el tema a la intimidad de las parejas, supone darle un enorme poder al hombre sobre el cuerpo de la mujer.⁵⁵ pero al mismo tiempo, el dejar sin regulación alguna al aborto, supone que el gobierno se desentiende de la obligación que tiene de velar por la salud de las mujeres, obligación que comprende todo el apoyo que el Estado pueda prestar para que las mujeres aborten en condiciones higiénicas y de buena práctica médica; es decir, el Estado no puede considerar que con el simple reenvío al ámbito de la intimidad está atendiendo el tema del aborto, sino que tiene que tomar medidas positivas para asegurar en la mayor medida posible los derechos de las mujeres.⁵⁶

⁵⁵ MacKinnon sostiene que, desde el punto de vista sexual, las mujeres son poco libres en el ámbito de la intimidad, porque los hombres las fuerzan sexualmente en privado, lo cual refleja además la subordinación económica y política de las mujeres.

⁵⁶ El argumento de MacKinnon y otras autoras sobre el tema ha sido examinado por Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida...*, *cit.*, nota 54, pp. 72 y ss.

La dicotomía público-privado siempre ha sido objeto de análisis por parte de la teoría feminista, puesto que a partir de ella se construyen los diferentes roles sociales que tienen los hombres y las mujeres. Por ejemplo, según la propia MacKinnon, el uso privado de materiales pornográficos por parte de personas adultas, avalado por la ley y por la jurisprudencia de la gran mayoría de países democráticos, serviría como vehículo para inculcar modelos de dominación del hombre sobre la mujer, poniendo en evidencia el estado de sujeción (o de humillación) de aquéllas en todo lo referente a la sexualidad.⁵⁷ No es posible abundar en este momento en los planteamientos mencionados, pero vale la pena al menos apuntarlos, puesto que la libertad en la esfera de lo íntimo también ha recibido críticas, por lo que no puede considerarse un punto de vista incontestado.⁵⁸

Como quiera que sea, lo cierto es que para algunos autores, la tarea de cualquier sistema constitucional es, en términos generales que seguramente serían aceptados por Mill, proteger la libertad siempre que esa libertad no cause daño a otros, lo cual no implica que el Estado esté impedido para regular favorablemente ciertos ámbitos que se consideran como más positivos que otros. Las decisiones no son fáciles en muchos casos. Ante los muchos puntos de vista que pueden existir en una sociedad plural, y ante la dificultad objetiva de llegar a consensos sobre el sentido del bien, quizá lo mejor sea empezar por prohibir o desincentivar aquello que podría parecer claramente como menos valioso.

⁵⁷ Es muy ilustrativa la discusión que sobre este punto sostuvieron MacKinnon y Richard Posner, el conocido juez y profesor de la Universidad de Chicago. La parte medular del debate está recogida en MacKinnon, Catharine y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997. Luego, Posner ha vuelto sobre el tema en varios de los ensayos contenidos en su libro *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 335 y ss.

⁵⁸ Para una primera aproximación al tema, puede verse Pateman, Carol, "Críticas feministas a la dicotomía público-privado", en varios autores, *Perspectivas feministas en teoría crítica*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 31 y ss.

Así, por ejemplo, en la mayor parte de las sociedades desarrolladas existe un cierto consenso para proteger la libertad sexual de los menores de edad, impidiendo que accedan a material pornográfico, o también, en un sentido parecido, para proteger a adultos desprevenidos del acceso a materiales o a prácticas que pueden no ser compatibles con sus planes de vida (esto es lo que justifica la clasificación de las películas o el hecho de que los cines que transmiten películas pornográficas estén claramente identificados como tales, de forma que el espectador esté advertido del tipo de material al que va a tener acceso).⁵⁹ Ese mismo consenso es el que protege la autonomía de las formas de sexualidad no convencionales, que Carlos S. Nino identifica como uno de los casos difíciles en materia de autonomía personal. Para Nino, la idea de autonomía y el valor de la discusión moral incluyen:

La proscripción de toda interferencia de formas de sexualidad por aberrantes que nos parezcan, que no afectan la autonomía de terceras personas. El valor de la autonomía excluye precisamente la imposición perfeccionista de comportamientos sexuales exigidos por una concepción del bien, diferente a la que el sujeto ha elegido libremente.⁶⁰

También existe un cierto consenso en que las actividades que científicamente se ha probado que atentan contra la salud de las personas, si no pueden ser prohibidas, al menos sí que deben ser desincentivadas, al tiempo que se deben promover aquellas condiciones que mejoran nuestra salud. Así, por ejemplo, se acepta en todos los países democráticos que es legítimo poner impuestos —incluso muy altos— al consumo de tabaco y alcohol como una medida para desincentivar su utilización, mientras que nadie

⁵⁹ En este sentido, Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, p. 54.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 54.

defiende que se grave fiscalmente la realización de ejercicio físico en los parques públicos.⁶¹

En un sentido parecido, casi nadie discute la pertinencia de que el Estado establezca algunas limitaciones a la libertad que pueden servir como una protección frente a nuestras eventuales incapacidades; esto es lo que justifica, por ejemplo, que el uso del cinturón de seguridad en los automóviles o del casco en las motocicletas sea obligatorio.⁶² Con este tipo de medidas el Estado asume una función que algunos autores denominan “paternalista”.⁶³

Mill acepta en su ensayo que la ley puede proteger de manera especial a personas que no sean capaces de ejercer cabalmente su libertad (como, por ejemplo, los niños). La frase de Mill que ilustra lo que acabamos de apuntar es la siguiente: “Los que están todavía en una situación que exige que sean cuidados por otros, deben ser protegidos contra sus propios actos, tanto como contra los daños exteriores”.⁶⁴

¿Cómo se justifican las medidas “paternalistas”?⁶⁵ Carlos S. Nino sostiene que el paternalismo puede justificarse por cuestiones de salud; en este caso, sin embargo, el propio Nino señala algunos requisitos para justificar una medida paternalista:⁶⁶

⁶¹ Rosenkrantz, Carlos F., *op. cit.*, nota 50, pp. 24 y 25.

⁶² *Ibidem*, p. 27.

⁶³ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, pp. 43 y ss.

⁶⁴ Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, p. 95.

⁶⁵ Para una discusión conceptual acerca del paternalismo puede verse Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Nueva York, Cambridge University Press, 1988, pp. 121 y ss. Dworkin define el paternalismo como una interferencia en la libertad de acción de las personas en orden a proteger valores como el bienestar, la felicidad, las necesidades o los intereses. Este autor acepta que no todos los actos paternalistas provienen del Estado, sino que a veces son los propios particulares los que los realizan.

⁶⁶ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, p. 66.

Estas situaciones que obstaculizan las decisiones que los individuos toman o tomarían en materia de salud justifican un paternalismo no perfeccionista si se recurre al medio más económico y eficaz para hacer efectivas tales decisiones sin imponer, perfeccionistamente, decisiones a la luz de un ideal del bien personal. Por ejemplo, muchos de estos casos se resuelven con sólo dar *información* adecuada, sin imponer compulsivamente un curso de acción. Otras requieren que se acerquen facilidades para hacer efectiva esa decisión, de nuevo sin imponerla.

Otro tipo de paternalismo es el que se produce en materia familiar y educativa, para proteger a los menores de edad que todavía no pueden desarrollar sus planes de vida de forma autónoma. Para Nino, se trata de la forma más común y plausible de paternalismo, siempre y cuando esté dirigido a fomentar el máximo grado de autonomía de los menores, sin sujetar de forma completa el ejercicio de esa autonomía a una visión concreta de la misma.⁶⁷ Esta idea justifica las limitaciones que existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países democráticos respecto a la capacidad de los menores de edad de ser titulares o ejercer por sí mismos algunos derechos fundamentales (limitaciones a la capacidad de celebrar contratos o impedimentos para trabajar antes de los 14 años, por ejemplo).

En el derecho comparado encontramos interesantes sentencias que ponen en cuestión el grado de “paternalismo” que se puede ejercer sobre un menor, incluso por parte de sus propios familiares. Se puede citar, para ilustrar el asunto, la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional español.⁶⁸

El caso surge porque se había impuesto una sanción de carácter penal a los padres de un menor de edad (13 años), Testigos de

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 67-70.

⁶⁸ Esta sentencia ha merecido, en otros, un comentario muy importante de Moreso, José Juan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 473 y ss.

Jehová los tres, que murió tras negarse a que le fuera practicada una transfusión de sangre, necesaria para salvar su vida. El Tribunal Supremo de España había condenado a los padres por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Los recurrentes en la acción de amparo que promovieron ante el Tribunal Constitucional (TC, en lo sucesivo) adujeron que actuaron conforme a sus convicciones religiosas, y que nunca se opusieron explícitamente a la transfusión de sangre, sino que simplemente no la secundaron de manera activa frente a su hijo, el cual además había expresamente manifestado su rechazo a la misma debido a que conculcaba sus creencias religiosas. El TC concedió el amparo al entender que el menor había hecho uso de su libertad religiosa al oponerse a la transfusión, y que los padres no se habían pronunciado en contra de la misma, sino que habían guardado reserva.

Algunos de sus comentaristas argumentan que la decisión del TC es equivocada, ya que no toma en cuenta la posible coacción de los progenitores sobre las convicciones del menor. El TC debía haber ponderado “el miedo a posibles represalias por los miembros de su confesión o el temor ante la reacción de los padres”, hechos que “son razones suficientes para que un menor de edad manifieste una opinión acorde a la de sus mayores sin necesidad de que el convencimiento sobre dicha postura sea absoluto”.⁶⁹ En este sentido, parece exagerado darle mucho valor al criterio del menor de edad como lo hace el TC en su sentencia, puesto que era conforme solamente con lo que le habían enseñado sus padres, pero no tomaba en cuenta todos los elementos para la defensa de su interés superior (que era, como es obvio, seguir con vida).

Ana Valero no está de acuerdo en que se ponga en el mismo nivel un concepto como “el grado de madurez del menor” (palanca sobre la que el TC se apoya para reconocer validez a su

⁶⁹ Valero Heredia, Ana, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*, Valencia, Universitat de València, 2004, p. 83.

oposición a la transfusión) con el mucho más preponderante de su derecho a la vida, cuya protección tenían encomendada no solamente los padres sino también el Estado.⁷⁰ Cabe al menos cuestionarse —afirma— hasta qué punto deja de ser “superior” el interés del menor al hacerlo depender de su propia madurez. En efecto, justamente porque el interés del menor es “superior”, no puede subordinarse a lo que el propio menor considere, tenga o no grado de madurez para ello. El grado de madurez debe ser reconocido —aunque no sea una cuestión fácil, desde luego— solamente cuando revierte en un afianzamiento del interés superior, y no —como lo hace el TC— al revés, es decir, lo que no se puede hacer es utilizar el grado de madurez para oponerlo al interés superior.

Además, el propio TC había sostenido en otro caso (el de los presos del GRAPO en huelga de hambre) que el derecho a la vida no era disponible por sus titulares, y que, en esa medida, estaba justificada la decisión de un juez que ordenaba a la autoridad penitenciaria suministrar alimento suficiente para impedir que un grupo de presos muriera por una huelga de hambre que había emprendido (sentencia 137/1990). Por el contrario, en la sentencia 154/2002, el TC parece reconocer que “la voluntad del sujeto implicado puede impedir una asistencia médica que resulta contraria a sus convicciones religiosas”.⁷¹

Lo que concluye el TC es que los padres no podrían haber sido obligados a actuar enérgica y positivamente para persuadir a su hijo de la conveniencia de la transfusión, porque ello hubiera ido en contra de su derecho de libertad religiosa. La amenaza penal, en este caso, no cumplía con el requisito de proporcionalidad que debe acreditar cualquier restricción de un derecho fundamental, y por tanto procedía anular la condena que había impuesto el Tribunal Supremo a los padres.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 86.

⁷¹ *Ibidem*, p. 90.

Una tercera forma de paternalismo justificado, de acuerdo con Nino, se produce en el ámbito laboral y económico.⁷² En estos ámbitos, los individuos aspiran a realizar una parte considerable de sus planes de vida, razón por la cual está justificado que los poderes públicos puedan imponer algún tipo de medidas que preserven la autonomía de las personas. Así, por ejemplo, estaría justificada la prohibición del trabajo forzoso; pero también tendría justificación el establecimiento de un “salario mínimo”, para no dejar a la voluntad de las partes (que normalmente, más bien, se expresa como voluntad de la parte más fuerte), la determinación por completo del salario. En la misma línea se ubicarían las regulaciones al funcionamiento del mercado para evitar que se incentiven sus tendencias “autodestructivas”,⁷³ que podrían dar lugar a una limitación muy importante de la autonomía de grandes grupos de personas, como consecuencia de la falta de acceso al mercado o de la debacle del mismo.

Una cuarta forma de paternalismo justificado se da en materia cívica, por ejemplo a través de la imposición del voto obligatorio (aunque se trata de una obligación cuyo incumplimiento en la mayoría de países no tiene una sanción).⁷⁴ Nino justifica la imposición paternalista del voto obligatorio afirmando que:

Puede ocurrir que una parte de la ciudadanía entre en una dinámica de interacción autofrustrante en materia de presentismo electoral, ya que cada ciudadano, sobre todo de cierto sector social —generalmente los más pobres y poco educados—, puede pensar con razón que su voto tiene sólo un impacto insignificante en un

⁷² Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, pp. 71-74.

⁷³ Con mucho acierto, Ernesto Garzón Valdés ha caracterizado al mercado (y también, por cierto, a la democracia) como una institución que si no está sujeta a límites, tiene tendencia al “suicidio”, y termina, por tanto, “autoliquidándose”. Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.

⁷⁴ Fernández, Mario y Thompson, José, “El voto obligatorio”, en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007, pp. 253 y ss.

resultado favorable a sus ideas o intereses, de modo que no se compensa el esfuerzo de votar —el de enterarse de las propuestas, trasladarse al lugar del comicio, hacer cola, resistir las posibles presiones, etcétera—. Como muchos —sobre todo de ese sector— pueden pensar lo mismo, puede haber un gran absentismo electoral, con perjuicio sobre la legitimidad del sistema político, y sobre todo sobre su funcionamiento imparcial, ya que al no estar representado un sector social, sus intereses e ideologías no son tomados en cuenta. El proceso puede potenciarse al advertir los partidos que hay un sector más o menos definido de la población que no concurre a votar, y excluirlo, consecuentemente, de sus propuestas, con lo que se confirma la falta de interés de esos electores en el resultado de la votación. El voto obligatorio puede derivar de un paternalismo legítimo, ya que asegura que, al unirse con los votos de quienes coinciden con uno, el voto de uno es significativo.⁷⁵

Hay algunas cuestiones que podrían ser más discutibles; por ejemplo, la de si los poderes públicos pueden incentivar cierto tipo de manifestaciones artísticas y desincentivar otras que les parezcan menos provechosas o menos formativas para las personas. En Estados Unidos se ha producido un intenso debate por parte de destacados teóricos del derecho sobre el papel que el Estado debe tener frente al arte.⁷⁶

Ernesto Garzón Valdés ha desarrollado una tesis de acuerdo con la cual el paternalismo se justifica siempre que un individuo presente una “incompetencia básica”. La “incompetencia básica”, dice Garzón, sería una condición necesaria aunque no suficiente para justificar medidas paternalistas.

⁷⁵ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, p. 77.

⁷⁶ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 43 y ss.

Nuestro autor cita algunos casos en los que el individuo es un “incompetente básico”:⁷⁷

a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (como las consecuencias de ingerir ciertos fármacos);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones;

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas;

d) cuando actúa bajo compulsión (bajo hipnosis o bajo amenazas), y

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos.

Estos supuestos, delineados por Garzón Valdés, si se analizan junto a los ejemplos que pone Nino, nos suministran parámetros más o menos claros para delimitar el ámbito de interferencia paternalista que podría estar justificado en una sociedad democrática.

El propio Garzón aclara que no se justificaría éticamente la imposición de medidas paternalistas en los dos siguientes casos:⁷⁸

a) cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo, o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación. De hecho, Mill tiene una frase en *Sobre la libertad* que de algún modo se ajusta a lo que señala Garzón; escribe Mill que, “cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa con-

⁷⁷ Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 371 y 372.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 374.

sintiendo a cada cual vivir a su manera, que obligándolo a vivir a la manera de los demás”;⁷⁹

b) cuando alguien que posee competencia básica, prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad.

Respecto del primer supuesto, habría que apuntar que la discusión contemporánea acepta el punto de vista de Garzón, pero avanza un poco más al plantear si esa voluntad puede encontrar auxilio justificado por parte de terceros. Es decir, se trataría de saber si una posición liberal tendría que reconocer el derecho a quitarse la vida y a contar para ello con la ayuda de otra persona o incluso del Estado.⁸⁰

Respecto del segundo supuesto, creo que incluye la posibilidad de realizar con libertad prácticas de riesgo en relación a nuestra apariencia, a nuestra sexualidad o a nuestra integridad corporal. La adopción de este punto de vista haría éticamente injustificable la prohibición que incluyen muchos códigos civiles en México para que una persona portadora de una enfermedad contagiosa pueda casarse. De hecho, no se trata solamente de una prohibición paternalista infundada, sino que además es inconstitucional al suponer una discriminación por razón de condiciones de salud.⁸¹ Si los futuros contrayentes son mayores de

⁷⁹ Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, p. 99.

⁸⁰ Una reflexión más amplia sobre este punto puede verse en Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, FCE, 2004, pp. 67 y ss.; Calsamiglia, Albert, “Sobre la eutanasia”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, FCE, 1999, pp. 151 y ss.; y Valadés, Diego, “Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital”, en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, 2008, pp. 81 y ss.

⁸¹ Una explicación sobre el régimen constitucional de la no discriminación en México puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 4, pp. 183 y ss.; sobre el régimen legal, Carbonell, Miguel, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación comentada*, México, Conapred, 2007.

edad y ambos están al tanto de la existencia de la enfermedad contagiosa y de las consecuencias de la misma, y aún así manifiestan libremente su consentimiento, no debe haber impedimento legal alguno que les niegue el derecho a contraer matrimonio.

La citada prohibición, vigente todavía en pleno siglo XXI, se basa en la idea católica de que el matrimonio tiene por finalidad la procreación, creencia miope, conservadora y regresiva que se proyecta de manera igualmente negativa a las uniones homosexuales, limitando el derecho constitucional a la protección de la familia (derecho que implica la obligación del legislador de regular todas las formas de expresión y organización de la familia, incluyendo las que tienen por protagonistas a dos personas del mismo sexo).⁸²

2. Lesividad

Mill afirma, como ya vimos, que solamente cuando se cause daño a terceros se puede limitar la libertad individual. Cuando intentamos trasladar esta afirmación general al campo de lo jurídico, y más en concreto al campo del derecho penal, lo hacemos a través de las exigencias que derivan del principio de lesividad.

⁸² El tema del matrimonio homosexual ha sido discutido con intensidad en muchos países, aunque no en México. Para una discusión en diversas latitudes y en distintos idiomas puede verse: Gerstmann, Evan, *Same-Sex Marriage and the Constitution*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004; Rey Martínez, Fernando, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 73, 2005; Calvo, Kerman, “Matrimonio homosexual y ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 154, julio-agosto de 2005; Carabaña, Julio, “La separación del matrimonio y la descendencia”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 154, julio-agosto de 2005; Herrero Brasas, J. A., “Obispos, matrimonio homosexual y objeción de conciencia”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 153, junio de 2005; Ceccherini, Eleonora (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milán, Giuffrè, 2004; para una visión más contextual del tema, véase Abramson, Paul R. et al., *Sexual Rights in America. The Ninth Amendment and the Pursuit of Happiness*, Nueva York, New York University Press, 2003.

Mediante este principio se busca asegurar que la ley solamente pueda considerar como delito aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de relevancia constitucional o derechos fundamentales. De esta forma se evita la tentación de algunos legisladores para reconducir penalmente conductas que pueden ser indeseables o nocivas pero que admiten, en su caso, una sanción diferente a la penal.

Además, mediante el principio de lesividad puede exigirse al legislador un ejercicio de justificación objetivo al momento de determinar qué conductas caen bajo la esfera de regulación penal.

No olvidemos que cualquier sistema penal garantista (es decir, el tipo de sistema penal que empata con los postulados liberales de Mill) debe considerar como penalmente reprochables solamente aquellas conductas que, por sus efectos, sean más lesivas a los intereses y derechos de terceros. Solamente dichos efectos lesivos son los que justifican y legitiman el ejercicio de la represión penal de cierta conducta. De hecho, en términos generales, el derecho penal se legitima y se justifica solamente si es capaz de lograr un doble efecto: *a)* prevenir la comisión de conductas delictivas y *b)* prevenir la realización de sanciones informales, a través de la venganza y las demás formas de violencia extrainstitucional que pueden darse en ausencia de una institucionalidad penal encargada de procesar y, en su caso, sancionar las conductas delictivas.⁸³

El principio de lesividad evita considerar como delitos los comportamientos meramente inmorales, los estados de ánimo que en algún tiempo se han considerado como pervertidos, hostiles o peligrosos, así como todas aquellas conductas que no se proyectan causando un daño (siguiendo con la lógica de Mill, pero llevándola al terreno jurídico) a intereses, bienes, valores o derechos constitucionalmente relevantes. Los delitos sin daño es-

⁸³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, t. II, p. 356.

tarían, en este contexto, constitucionalmente prohibidos; es el caso de los delitos que castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del Estado, los símbolos nacionales o la moralidad pública. También estarían prohibidos aquellos delitos de bagatela, que deberían ser considerados como meras contravenciones administrativas, además de los delitos de peligro abstracto o presunto, y todos aquellos que estuvieran descritos en términos vagos o indeterminados, caracterizados unos y otros por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo.⁸⁴

Luigi Ferrajoli explica que la exigencia de la lesividad ya estaba presente en el pensamiento de Aristóteles y de Epicuro, así como en toda la filosofía penal de la Ilustración (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Bentham, etcétera).⁸⁵ El mismo Ferrajoli explica que:

Históricamente, por lo demás, este principio (se refiere al de lesividad) ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios* o *fundamentales*.⁸⁶

El principio de lesividad, además, sirve en la práctica para reforzar la exigencia de taxatividad que actualmente, por citar un ejemplo, figura en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución mexicana, en virtud del cual los textos que contengan nor-

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 475.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 466 y 467.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 467. Otras aportaciones del propio Ferrajoli sobre el tema, pueden verse en su libro *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presen. de Miguel Carbonell, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

mas penales tienen que describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quienes las realicen.

La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal, y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.⁸⁷ Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.⁸⁸ Creo que Mill aplaudiría sin reservas esta definición.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. Al suponer una exigencia de que las normas penales se refieran a una lesión objetiva, material, evidente, de un bien jurídico de relevancia constitucional, resulta obvio que el principio de lesividad empata y refuerza al principio de taxatividad que está constitucionalmente previsto en México.

Ahora bien, bajo el principio de lesividad la determinación de que una conducta pueda ser penalmente relevante no estará definida solamente por la afectación que tal conducta realice sobre bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, sino

⁸⁷ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 45.

que además la prohibición penal tendrá que ser “idónea”, es decir, tendrá que servir para desplegar un cierto efecto intimidante. Si tal efecto no se realizara, al menos en un cierto grado, el derecho penal tendría que abandonar la pretensión de prohibir cierta conducta, preservando de esa manera —en principio— el ámbito de libertad personal que deriva de la no prohibición de una conducta. Ferrajoli pone como ejemplo de conductas que no deberían estar penalmente reguladas, por no ser la prohibición penal idónea para impedir la conducta, el aborto, el adulterio, la mendicidad, la evasión de presos y la tóxicodependencia.

Para Ferrajoli:

Está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de ‘valores morales’, opuesta a la función protectora del derecho penal.⁸⁹

De nuevo, hay que decir que Mill seguramente sustentaría los conceptos que nos ofrece Ferrajoli.

De la anterior afirmación de Ferrajoli cabe desprender al menos dos reflexiones. La primera es que en contextos sociojurídicos que mantienen altas tasas de impunidad (como sucede en el caso de México), la cantidad de conductas penalmente prohibidas que no son sancionadas puede llegar a ser muy alta respecto de una gran variedad de delitos. La segunda reflexión tiene que ver con el efecto “clandestinizador” que puede tener el uso del derecho penal; ningún ejemplo más claro al respecto que el de la prohibición del aborto, con el agravante de que no solamente

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y...*, cit., nota 84, p. 473.

clandestiniza, sino que lo hace afectando solamente a las mujeres, y además casi siempre a las mujeres que son pobres.⁹⁰

Como quiera que sea, la consideración del principio de lesividad es por un lado el primer paso hacia el ideal ilustrado de un “derecho penal mínimo” que estuviera regido, en su base, por una idea clara del bien jurídico que debe protegerse penalmente, y por una noción igualmente idónea acerca de la mejor forma de hacerlo;⁹¹ por otra parte, nos ofrece una guía más o menos fiable para saber cuándo podemos, sin violentar el principio de daño defendido por Mill, limitar (penalmente) la libertad.

3. *En la ruta de la autonomía*

El importante lugar que ocupa el principio de daño en la construcción teórica de Mill sobre la libertad, nos podría hacer pensar que nuestro autor defiende una posición puramente negativa de la libertad, entendiendo que dicha posición abarca la protección de una esfera impenetrable por los poderes públicos y por los particulares, dentro de la cual podríamos actuar como consideremos oportuno. Pero Mill no se queda ahí, sino que en su famoso ensayo enuncia algunos rasgos de la libertad en la línea de lo que

⁹⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Aborto: lo que ‘protege’ el Código Penal”, *El País*, 17 de enero de 2008, p. 31. Este autor, destacado integrante del Tribunal Supremo de España y el juez mejor preparado de su país, señala a propósito de la consideración penal del aborto lo siguiente: “La torpe reducción de un hondo conflicto existencial a delito, presto a ser usado para calentar algún tipo de opinión —y, con mayor o menor intensidad represiva, en función de que exista o no un sujeto policial o judicial más o menos activable a tenor de ciertos presupuestos ideológicos— es algo abierto a manipulaciones oportunistas y generador de inseguridad jurídica”. Perfecto Andrés apunta, además, que el dilema no es entre aborto sí o aborto no, dada la alta incidencia del mismo (del todo documentada por diversas agencias nacionales e internacionales), sino entre el tipo de aborto que se quiere propiciar: “el clandestino y, con frecuencia, séptico, o el regular, realizado en las mínimas condiciones de dignidad y de salubridad para las que tienen que padecerlo”.

⁹¹ Ferrajoli, *Principia iuris...*, *cit.*, nota 83, p. 357.

ya en el siglo XX Isaiah Berlin llamó “libertad positiva”, a la que algunos autores denominan “autonomía”.⁹²

La autonomía, en otras palabras, no pasa inadvertida para Mill, aunque no la alcanza a construir con tanta contundencia como lo hicieron otros autores después de él. Hay, pese a todo, algunas frases en *Sobre la libertad* que nos pudieran hacer pensar en una visión de Mill inclinada no solamente hacia la libertad negativa, sino también hacia la libertad positiva o hacia la autonomía personal. Por ejemplo, cuando escribe que la libertad humana “comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y de sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas”.⁹³ Algunas modalidades de la libertad así entendida suponen no solamente ausencia de impedimentos, sino también el ejercicio de la voluntad para definir prioridades, objetivos, valores, etcétera.

Todavía queda más clara la presencia de un asomo de libertad positiva en la siguiente frase de Mill:

La libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.⁹⁴

En una palabra, Mill habla en esta frase de autonomía personal, no de mera ausencia de impedimentos. Lo hace también

⁹² Analizamos el pensamiento de Berlin, y los alcances del concepto de “libertad positiva” en el siguiente apartado.

⁹³ Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, p. 98.

⁹⁴ *Idem.*

cuando invita a sus lectores a no dejarse guiar por terceros en las cuestiones que más importan, a determinar sus propios planes y establecer sus metas de vida; sus palabras son:

El que deje al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos. El que escoge por sí mismo un plan, emplea todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el razonamiento y el juicio para prever, la actividad para reunir los materiales de la decisión, el discernimiento para decidir, y cuando ha decidido, la firmeza y el autodomínio (*self-control*) para sostener su deliberada decisión.⁹⁵

La libertad, en el pensamiento de Mill, podía verse estorbada o anulada por virtud de pautas sociales de comportamiento (por opiniones de la mayoría), pero también por mandato de la ley. Este aspecto legal de dominio sobre la libertad no le es ajeno a Mill, que en su famoso ensayo apunta: “Hay también en el mundo una grande o creciente inclinación a extender indebidamente los poderes de la sociedad sobre el individuo, no sólo por la fuerza de la opinión, sino también por la de la legislación”.⁹⁶ De hecho, Mill critica con dureza la ley inglesa sobre libertad de expresión, aunque augura que su aplicación es difícil o incluso imposible, “excepto en algún pánico moral momentáneo, en que la insurrección prive a los ministros y jueces del dominio de sí mismos”.⁹⁷ Más adelante veremos que esta obnubilación puede hacerse presente, por ejemplo, en periodos de guerra.

Creo que Mill ya advierte sobre el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales (sobre el que tanto han insistido pensadores como Ronald Dworkin o Luigi Ferrajoli), cuando escribe lo siguiente, al referirse a la libertad de expresión: “Si toda

⁹⁵ *Ibidem*, p. 168.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 103.

la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase, como ella misma lo sería si, teniendo poder bastante, impidiera que hablara la humanidad”.⁹⁸ En efecto, los derechos fundamentales como la libertad de expresión deben valer incluso en aquellos casos en que sirven para proteger posiciones radicales, heterodoxas, extrañas, diferentes a las que sostienen todos los miembros de una sociedad. Los derechos fundamentales, para ser tales, no deben ni pueden quedar sujetos al criterio de la mayoría.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 104.