JOHN GARDNER

OFENSAS Y DEFENSAS

Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal

Traducción de
María Laura Manrique
y José Milton Peralta

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

Pág.

PREFACIO A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA 13

NOTA DE LOS TRADUCTORES 15

PREFACIO 17

AGRADECIMIENTOS 21

CAPÍTULO I. **LA ILICITUD DE LA VIOLACIÓN** 23

1. LA VIOLACIÓN COMO CUESTIÓN FILOSÓFICA 23
2. LA VIOLACIÓN SIN DAÑO COMO LA VIOLACIÓN PURA 25
3. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD 30
4. USO Y ABUSO 36
5. DELIMITACIÓN DE LA VIOLACIÓN 38
6. EL ROL DEL DERECHO 51

CAPÍTULO II. **RACIONALIDAD Y ESTADO DE DERECHO EN LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS** 55

1. LOS CARGOS EN CONTRA DE LA LEY 1861 55
2. EL ARGUMENTO DE LA RACIONALIDAD 57
3. EL ARGUMENTO DEL ESTADO DE DERECHO 65
4. UN VEREDICTO ESPECIAL 74

CAPÍTULO III. **COMPLICIDAD Y CAUSALIDAD** 79

1. EL ENIGMA DE SOLZHENITSYN 79
2. AUTORES Y CÓMPLICES 80
3. CAUSALIDAD Y LA ELIMINACIÓN DE LA COMPLICIDAD 88

Pág.

4. ¿COMPLICIDAD MÁS ALLÁ DE LA CAUSALIDAD? 93
5. DESPUÉS DE SOLZHENITSYN 97

CAPÍTULO IV. **EN DEFENSA DE LAS DEFENSAS**..... 99

1. ILÍCITO Y JUSTIFICACIÓN..... 99
2. RESPONSABILIDAD Y EXCUSAS 104
3. LA ESCALA DE JAREBORG 109

CAPÍTULO V. **JUSTIFICACIONES Y RAZONES** 113

1. AISLAMIENTO DE LA CUESTIÓN 113
2. PROS Y CONTRAS: LA ASIMETRÍA BÁSICA 117
3. FORTIFICACIÓN DE LA ASIMETRÍA 125
4. LA PRIORIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN SOBRE LA EXCUSA . 130
5. OBJECIONES INSTITUCIONALES..... 135

CAPÍTULO VI. **EL SENTIDO DE LAS EXCUSAS** 143

CAPÍTULO VII. **SOBRE LAS OFENSAS Y LAS DEFENSAS EN FLETCHER** 161

1. EL ACERTIJO DE FLETCHER 161
2. CONFLICTOS Y REMANENTES RACIONALES..... 164
3. DE RAZONES A NORMAS 167
4. ILÍCITOS Y FALTAS..... 170

CAPÍTULO VIII. **PROVOCACIÓN Y PLURALISMO** 175

1. LA NECESIDAD DE UNA PROVOCACIÓN..... 177
2. EVALUACIÓN DE LA PROVOCACIÓN..... 182
3. EL ESTÁNDAR DEL AUTOCONTROL 186
4. LA CUESTIÓN DE LOS HECHOS PARA EL JURADO..... 191
5. CONCLUSIÓN 194

CAPÍTULO IX. **EL SELLO DE LA RESPONSABILIDAD** 197

1. 197
2. 202
3. 205
4. 208
5. 211
6. 214

CAPÍTULO X. **LAS FUNCIONES Y JUSTIFICACIONES DEL DERECHO PENAL Y EL CASTIGO**..... 221

1. 221

Pág.

2. 225
3. 227

CAPÍTULO XI. **EL DELITO EN PROPORCIÓN Y PERSPECTIVA**..... 233

1. LA FUNCIÓN DE DESPLAZAMIENTO 233
2. HUMANIDAD Y JUSTICIA 236
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD..... 241
4. PERSPECTIVAS SOBRE EL DELITO 245
5. COMPLETANDO LA BRECHA DEL DESPLAZAMIENTO..... 253

CAPÍTULO XII. **RÉPLICA A LOS CRÍTICOS**..... 259

1. EL ESTADO DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE DAÑO..... 259
2. DIFERENCIANDO ILÍCITOS..... 265
3. JUSTIFICANDO EL ILÍCITO 273
4. DE LA JUSTIFICACIÓN A LA EXCUSA 276
5. EXCUSAS E INCAPACIDADES..... 280
6. ADAPTANDO LAS EXCUSAS AL DERECHO PENAL 285
7. LA JERARQUÍA DE LAS DEFENSAS 289
8. RESPONSABILIDAD, RELACIONES Y PARTICULARIDADES ... 295
9. DELITOS Y CASTIGOS 299

ÍNDICE ANALÍTICO 303

PREFACIO A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA

Para mí es un gran honor que Marcial Pons haya accedido a publicar una traducción española de mi libro *Offences and Defences*, que fue publicado en inglés por Oxford University Press en 2007. Les estoy extremadamente agradecido a mis traductores, María Laura MANRIQUE y José Milton PERALTA, cuyo valiente trabajo seguramente se ha visto obstruido por mi extravagante escritura y por el extensivo uso de terminología idiosincrática. Cualquier luminosidad en los textos resultantes se debe, lo sé, más a ellos que a mí.

En una etapa temprana, Laura me hizo una pregunta a la que no di, y aún no he dado, ninguna respuesta. ¿Es este un libro dirigido a penalistas o a filósofos morales? Soy consciente de que en España (como en Alemania e Italia y en algunos otros países que comparten la misma tradición jurídica) esta es una distinción muy importante. Los teóricos del derecho penal tienen un modo de organizar el mundo, en sí mismo altamente abstracto, que difiere de cualquier cosa que uno pueda encontrar en un departamento de filosofía. En el derecho penal angloamericano, no obstante, no se puede decir lo mismo. Nuestro derecho penal tiene muy poco aparato teórico endógeno. Es un producto de bricolaje judicial y legislativo. Los libros de texto clásicos, a pesar de ser con frecuencia muy críticos acerca del estado del derecho, nunca fueron especialmente ambiciosos desde el punto de vista intelectual. Solo una colonización relativamente reciente de la materia por parte de gente con entrenamiento o intereses filosóficos le ha otorgado al derecho penal angloamericano un aparato teórico. H. L. A. HART, Sandy KADISH y George FLETCHER fueron los pioneros interdisciplinarios. Michael MOORE, R. A. DUFF y Douglas HUSAK han sido, de todos modos, los filósofos con el impacto directo más fuerte sobre cómo se enseña y discute el derecho penal en el mundo del *common law*.

Cuando escribía los artículos que aparecen en este libro estos gigantes de la materia ya habían hecho posible que los filósofos morales y los penalistas hablaran entre sí. Por ende, no tuve que elegir cuál sería mi audiencia. Me doy cuenta de que esto debe de haber hecho más gravosa la tarea de traducir este libro a la audiencia hispanohablante y de que puede tener, por ende, algunas consecuencias negativas para mis lectores hispanohablantes. Por todo eso me disculpo. Espero que el espíritu del libro, que se extiende libremente por muchas preocupaciones, pueda, de todas maneras, sobrevivir a la traducción. Con traductores tan capaces como los míos, confío en que lo que se pueda haber hecho para preservar el espíritu del libro, se ha hecho.

John Gardner
Oxford, 1 de marzo de 2012

NOTA DE LOS TRADUCTORES

La traducción de *Offences and Defences* ha sido una tarea gratificante. Este libro es un bello ejemplar de una combinación de análisis filosófico y derecho penal. Sin embargo, la tarea del traductor siempre es difícil; desde el principio se enfrenta a la disyuntiva entre traducir de manera literal, aunque en ocasiones ello genere traducciones poco elegantes, o bien, traducir de manera que haga la lectura fluida y elegante pero menos apegada al estilo del autor. En esta traducción hemos intentado encontrar un equilibrio entre ambas cosas, *i. e.,* mantenernos fiel al autor pero sin ignorar lo fluido, coloquial y profundo que es el modo de escribir de John GARDNER.

Dejando de lado esta dificultad, que enfrenta todo traductor en cualquier disciplina, tuvimos que enfrentar dificultades (creemos) todavía más complejas. Primero, los esquemas conceptuales del sistema del *common law* no se pueden trasladar directamente a los sistemas continentales. Ello impide en muchos casos la traducción «inmediata» de un sistema al otro. Para evitar desacuerdos en aquellos casos en que la traducción de un término es compleja o controvertida optamos por escribir al lado de nuestra opción el vocablo original entre paréntesis. Un ejemplo, de entre muchos otros, es «*recklessness*» traducido como «temeridad» en este texto.

Segundo, los temas, enfoques y fundamentos de este libro interesan tanto a filósofos como a dogmáticos penales. En general, en los sistemas continentales el lenguaje que utilizan unos y otros son diferentes y altamente especializados. Ello, en ocasiones, imposibilita una comunicación adecuada y mantiene aisladas a estas disciplinas. En esta traducción hemos intentado reflejar un rasgo característico de los sistemas anglosajones, que el derecho penal y la filosofía están fuertemente conectadas en una amplia variedad de temas. De

este modo, pretendimos no perder las sutilezas conceptuales del derecho penal sin que ello impida la lectura de este libro a lectores interesados en filosofía (sobre todo teoría moral y filosofía de la acción) y viceversa. Mantuvimos en gran medida el lenguaje técnico de las discusiones filosóficas sin que ello imposibilite la lectura a quienes se dedican exclusivamente a la dogmática jurídica. Un ejemplo de la primera situación es «*wrongdoing*». En derecho penal este término suele ser traducido como «injusto», sin embargo esto haría la lectura menos clara a quienes están formados en filosofía moral. Por esa razón hemos optado por traducirlo como «ilícito» o «delito» según el modo en que el contexto lo permita. A su vez, un ejemplo de términos que pueden hacer dificultosa la lectura a juristas penales es «*agent-relative*». En las ocasiones que este término aparece fue parafraseado como «un aspecto relativo al agente» donde ello y el contexto ayudan a entender mejor el sentido de la frase que si utilizásemos la traducción directa de «agente-relativo».

Estamos en deuda con aquellas personas que nos ayudaron a mejorar el trabajo de traducción. Agradecemos la oportunidad de discutir algunos trabajos en el Seminario Permanente de Filosofía del Derecho en Córdoba, Argentina (alias *wine seminar*), posibilidad que nos permitió realizar numerosas correcciones a versiones anteriores de la traducción. Particularmente agradecemos a Pablo Navarro, Inés Álvarez, Íñigo Ortiz de Urbina, Federico Arena, Cristián Fatauros y Diego Dei Vecchi sus comentarios y sugerencias.

PREFACIO

En este libro vuelvo a publicar una selección (cerca de la mitad) de mis trabajos publicados sobre la filosofía del derecho penal en dieciséis años. El principal criterio de selección fue el afecto personal. En general, apoyo tanto a los artículos omitidos como los incluidos. Pero por una variedad de razones me han gustado más los incluidos que los excluidos. Los que me gustan más son también, a mi modo de ver, aquellos que se benefician más siendo leídos en conjunto. El estilo varía un poco pero comparten muchos temas. En lugar de secuenciarlos cronológicamente, están publicados por sus interrelaciones temáticas. Así, el libro puede ser leído, más o menos, como un libro. Cada artículo desarrolla al menos algunas ideas más o menos someramente introducidas en el artículo anterior.

Varios de los artículos en el libro han sido sometidos a una crítica extensa y formidable. Aunque no he tenido motivos para renegar de ninguna de las líneas de pensamiento reunidas aquí, he sido a menudo persuadido de ser culpable de descuidos o exageraciones. Sin embargo, en la preparación de este libro he resistido la tentación de alterarlas o corregirlas. También he optado por no ajustarlas a los cambios posteriores del derecho. Los artículos que aparecen aquí coinciden con los que originalmente aparecieron impresos. Me he limitado a unas breves modificaciones estilísticas y algunas referencias cruzadas añadidas en las notas a pie de página. He guardado la discusión de las objeciones y dificultades para el final del libro, donde he incluido una réplica a mis críticos. Aquellos en busca de una mirada temática general podrían encontrar aquí un buen lugar donde mirar.

Fui afortunado, como estudiante graduado en Oxford, en compartir mis intereses filosóficos con muchos de mis compañeros. Como estudiante de BCL

me beneficié mucho de mis conversaciones con Annalise ACORN, Tom DIMITROFF, Timothy MACKLEM y Alan SUMMERS, todos ellos ayudaron a despertar en mí un interés por los problemas de la acción y de la responsabilidad, así como también ayudaron a formar mi entusiasmo en proyectos intelectuales en general. Posteriormente, cuando era un estudiante de DPhil, Stephen SHUTE y Jeremy HORDER se convirtieron en mis más cercanos colaboradores académicos. SHUTE, HORDER y yo fuimos conjunta y reiteradamente inspirados, particularmente por el trabajo innovador de Antony DUFF, que hizo que nos dedicásemos al estudio filosófico del derecho penal. Nuestra visión compartida era que la materia había estado demasiado dominada por preocupaciones acerca de la justificación del castigo. A menudo, hablábamos por la noche sobre aquellos problemas del derecho penal que fueron insuficientemente reconocidos por los teóricos del castigo. Procedimos a convocar una serie de seminarios anuales sobre la materia para las generaciones posteriores de estudiantes de BCL, y editamos un libro basado en ellos. Muchos de los ensayos en el presente volumen, especialmente aquellos de los años noventa, muestran la poderosa influencia de SHUTE y HORDER, dos de los más inteligentes pensadores que he tenido el placer de conocer. El ensayo «Racionalidad y Estado de Derecho en los delitos contra las personas» (capítulo II) y «El sentido de las excusas» (capítulo VI) fueron inspirados por conversaciones con Jeremy HORDER. «La ilicitud de la violación» (capítulo I), por otro lado, fue escrito conjuntamente con Stephen SHUTE. Estoy muy agradecido con Steve por haberme permitido amablemente incluir este trabajo aquí, así como por otros numerosos actos de amistad.

Más tarde, levantando el campamento desde Oxford al King's College de Londres, ante la instigación de Andrew ASHWORTH e Ian KENNEDY, me reencontré felizmente con Timothy MACKLEM. Además de enseñar juntos, y conjuntamente emprender tareas de mejora del hogar, nos embarcamos en varios proyectos de escritura en la teoría del valor y la teoría de la racionalidad. Mi gran deuda con MACKLEM es evidente en varios de los artículos que siguen a continuación, especialmente aquellos escritos desde 1999 en adelante. Él persigue toda pregunta a una profundidad que intimidaría a investigadores que están debajo de la talla. A menudo me ha ayudado a ver cuánto más hay por descubrir. El artículo «Complicidad y causalidad» (capítulo III) posee todas las características de la inspiración de MACKLEM, aunque hay mucho allí, estoy seguro, con lo que él discrepa. «Provocación y pluralismo» (capítulo VIII), a su vez, fue una pieza en coautoría conceptualizada antes por él que por mí. También hay un par de párrafos en «Réplica a los críticos» (capítulo XII) que son derivados de uno de nuestros trabajos en conjunto. Muchas gracias a Tim por su típica generosidad al dejarme incluir este material aquí, así como también por hacer tanto para mejorar mi pensamiento y mi persona.

Me he beneficiado de los comentarios de muchos otros amigos y colegas a versiones preliminares o presentaciones orales de los artículos que siguen. Los

lectores con energía pueden regresar a las versiones originalmente publicadas para ver quién exactamente me ayudó con qué. Pero déjenme aquí establecer una lista consolidada en orden alfabético: Andrew ASHWORTH, Michael BRATMAN, Jules COLEMAN, Antony DUFF, Lindsay FARMER, Simon GARDNER, Stephen GOUGH, Scott HERSHOVITZ, Tony HONORÉ, Tatjana HÖRNLE, Barbara HUDSON, Doug HUSAK, Nils JAREBORG, Heike JUNG, Sandy KADISH, Frances KAMM, Chris KUTZ, Nicola LACEY, Grant LAMOND, Derek PARFIT, Joseph RAZ, Paul ROBERTS, Samuel SCHEFFLER, Scott SHAPIRO, Andrew SIMESTER, Jonathan SIMON, Michael SMITH, Hamish STEWART, John TASIOULAS, Stuart TODDINGTON, Andrew VON HIRSCH, Jay WALLACE y Emma YOUNG.

Me gustaría renovar mi gratitud a toda esta buena gente, sin la cual hubiera cometido incluso más y peores errores. Gracias también a los muchos colegas que no están en la lista y a los estudiantes cuyas diversas preguntas y desafíos me ayudaron a lograr cualquier progreso que haya hecho en el tema a lo largo de los años.

John GARDNER
1 de mayo de 2007

CAPÍTULO I
LA ILICITUD DE LA VIOLACIÓN *

1. LA VIOLACIÓN COMO CUESTIÓN FILOSÓFICA

Que la violación está mal y que es grave apenas si se puede dudar. Probablemente, la violación esté dentro de aquellos ilícitos que nunca se pueden excusar. Probablemente, esté dentro de esos ilícitos que nunca son justificables. Ciertamente, está dentro de aquellos ilícitos que deben ser prohibidos y sancionados por el derecho penal. Joel FEINBERG acierta al colocarla en su corta lista de ilícitos que son delitos «en todos lados dentro del mundo civilizado» y cuya descriminalización «no podría ser defendida por ninguna persona razonable»[1].

En vista de todo esto, sería esperable que fuera obvio para cualquier persona razonable en dónde radica la incorrección de la violación. Muchos escritores y comentaristas, incluido FEINBERG, parecen imaginar que esto es, efectivamente, obvio, y no le prestan a la cuestión una atención detallada. Algunos escritores, por ejemplo, simplemente toman a la violación como el paradigma de lo incorrecto y que, por ende, no necesita de explicación alguna y concluyen que se puede determinar si otras acciones son incorrectas simplemente señalando su parecido con la violación. Pero, salvo que conozcamos exactamente en dónde radica la incorrección de la violación, ¿cómo sabemos si ese parecido es un parecido en un aspecto relevante —es decir, en un aspecto que hace a la acción parecida a la violación también incorrecta—? Otros

---

* Traducción de José Milton PERALTA.

[1] FEINBERG, *Harm to Others* (1984), 10.

escritores se concentran en casos difíciles de poner a prueba que parecen estar en el límite o cerca del límite de la violación. Una proporción muy importante de una literatura filosófica reciente, fascinante y floreciente sobre la violación se ha ocupado de cuestiones intrincadas relativas a las demarcaciones precisas del consentimiento en este delito y acerca de las dificultades de basarse en el concepto de consentimiento para determinar ciertas clases de casos (*e. g.* aquellos que involucran falsas promesas o un chantaje emocional por parte del alegado violador)[2]. Incluso si fuera plausible pensar que la buena filosofía puede sacar de los límites a los casos límite de violación (o a los casos límite de cualquier otra cosa) —y eso es muy dudoso— parece extraño que alguien trate de determinar tales casos estudiando la lógica moral del consentimiento sin proporcionar, en primer lugar, una idea detallada sobre la cuestión precedente de si y por qué el consentimiento es importante para la violación. Y eso depende, por supuesto, en primer lugar, de en dónde radica, exactamente, la incorrección de la violación.

Es entendible, por supuesto, que pueda haber cierta renuencia en abordar esta última cuestión como un mero interrogante filosófico. ¿Puede un filósofo, partiendo de la presunción profesional de que nada es tan obvio como parece, presentarse como si dudara de si la violación es realmente algo incorrecto o, en alguna medida, como poniendo dudas sobre su gravedad? ¿Puede un filósofo, para quien ningún aspecto de un tema puede, en última instancia, permanecer oculto —si es que el tópico es elegido como objeto de estudio— ser culpable de una gran insensibilidad por ocuparse del estudio de experiencias inenarrables? No olvidemos que varias víctimas de violaciones han tenido experiencias inenarrables[3]. Algunas, como Lucrecia, pueden incluso llegar considerar que sus vidas, después de una violación, no merecen ser vividas. Se podría decir que una disección intelectual, en la que el horror se reduce a la banalidad clínica del análisis de cada una de sus partes componentes, no es la manera apropiada ni de volver a estas experiencias algo moralmente vívido ni de expresar su importancia moral. ¿No se debería ocupar de esto, en cambio, el arte dramático, la poesía, la escultura u otros medios más puramente expresivos y a la vez terapéuticamente más efectivos? ¿O, por lo menos, un estudio de una índole menos abstracta, encabezado, quizás, por los intentos de que aquellos que han experimentado el ser violados de darle vida a sus experiencias? Esta

---

[2] Por ejemplo, D. ARCHARD, *Sexual Consent* (1998), 130 ss. Del mismo modo, la mayoría de las contribuciones a los dos temas especiales en «Sex and Consent», en *Legal Theory,* 2 (1996). Otra reciente contribución filosófica sustancial —de K. BURGESS-JACKSON: *Rape: A Philosophical Investigation* (1996)— trata de avanzar con varias cuestiones relativas a definiciones o límites mientras que deliberadamente habla con evasivas acerca de en dónde radica la incorrección de la violación (véanse sus observaciones en 58).

[3] La palabra «inenarrable» ha sido objeto de todo tipo de usos por parte de los filósofos. Aquí significa lo que significa comúnmente, a saber, la propiedad que algo puede tener de ser tan atroz que al menos algunos agentes racionales pueden no ser capaces de hablar de ello. Sobre un concepto de «impensabilidad» directamente conectado, véase H. FRANKFURT, «Rationality and the Unthinkable», en FRANKFURT, *The Importance of What We Care About* (1988).

línea antifilosófica de pensamiento es complicada para los filósofos varones, por el hecho de que a menudo se sostiene que las experiencias en cuestión son, paradigmáticamente y, sin duda preponderantemente, experiencias de mujeres más que de hombres. La sensación resultante de que no somos nosotros siquiera quienes debemos diseccionar las experiencias en cuestión puede hacer que el tópico parezca filosóficamente incómodo, por no decir peligroso.

Pero ya en la confesión misma de esas ansiedades se encuentran asunciones filosóficas cuestionables. La más obvia es la asumida centralidad de la *experiencia* de la violación para entender en dónde radica la incorrección de la violación[4]. Considérese, por ejemplo, la definición de Catharine MacKinnon: «Políticamente, denomino violación a cada oportunidad en la que una mujer tenga sexo y se sienta vulnerada (*violated*)»[5]. Políticamente quizás, ¿pero filosóficamente? ¿Captura la *sensación* de una vulneración sexual la incorrección de la violación? ¿O es, más bien, la vulneración misma la que la captura? Y si es así, ¿qué cuenta como «vulneración» en el sentido relevante? Podemos ver de inmediato que la sola focalización en el consentimiento no nos da la respuesta. No nos dice en dónde radica la incorrección de la violación en *particular*. Muchos otros actos que serían incorrectos en ausencia de consentimiento son perfectamente inocentes en su presencia —un apretón de manos, por ejemplo, o quitar el empapelado de alguien cuando está fuera en el trabajo—. ¿Por qué se debería considerar a la violación como un ilícito diferente, digamos, de un apretón de manos no consentido? ¿Por qué debería haber una entrada especial para la violación en la corta lista de Feinberg con los delitos que nadie debería descriminalizar? El consentimiento no provee la respuesta, puesto que muchos otros males prohibidos por el derecho penal, tales como el vandalismo, el hurto o la agresión también pueden ser definidos en términos de ausencia de consentimiento. ¿Por qué no integran todos ellos cómodamente el delito de «hacerle a otros lo que no consienten»? ¿Por qué no son todos ellos simplemente uno y el mismo ilícito? Usted todavía puede pensar que la respuesta es obvia: la violación constituye una injerencia peor que el mero vandalismo, el hurto o la agresión. Bastante cierto. Pero, ¿en qué aspecto, en qué dimensión es peor la violación? ¿En donde yace su calidad de «peor»? En otras palabras, ¿en dónde radica exactamente la incorrección de la violación?

2. LA VIOLACIÓN SIN DAÑO COMO LA VIOLACIÓN PURA

La visión que asocia la violación con sentimientos de vulneración es una más de una familia más grande de visiones que hacen de la ilicitud de la violación una función de su dañosidad. Esas perspectivas son representadas a

[4] Sin embargo, cfr. J. H. Bogart, «Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* 8 (1995), 159, 168-170.

[5] MacKinnon, *Feminism Unmodified* (1987), 82.

diario en los medios a través de las descripciones de los traumas que acarrea la violación y de la sensación de inseguridad o pérdida de autoestima que genera el experimentarla. Esos son daños porque cambian la vida de alguien para peor. Otros episodios desagradables en nuestras vidas son, por el contrario, inofensivos. Está el dolor y la incomodidad de estar bajo el torno de un dentista (competente), o la irritación fugaz pero intensa de leer un artículo objetable de algún insensato bocazas en el diario local. Esos ejemplos de padecimientos y ofensas inofensivas no tratan de sugerir que cualquier dolor u ofensa sea necesariamente inofensivo. El torturador usa el dolor para causar un gran daño, a menudo deja marcas físicas y psicológicas en sus víctimas, a menudo derrumba su sentido de humanidad, a menudo las fuerza a la traición con lo que socaba sus vidas. El bufón que ejerce su grosero sentido del humor alrededor de la oficina puede estar infligiendo daño sobre los colegas que ofende al disminuir su confianza, su autoestima o su sensación de comodidad en su trabajo y su ambiente laboral. En esos ejemplos, el elemento esencial adicional además del dolor o la ofensa es la disminución de las perspectivas futuras de alguien, el cambio para peor en su vida que el dolor o la ofensa traen consigo[6]. Esa dimensión prospectiva es la dimensión del daño, y es en esta dimensión el primer lugar en el que la gente normalmente busca la ilicitud de la violación.

Al centrarse en la dañosidad de la violación, juristas de orientación liberal han tendido a hacer causa común con muchos de los feministas radicales que los critican. En el caso de los primeros, centrarse en el daño es una consecuencia natural de la aplicación del liberal «principio del daño» que solo permite asignarle sanciones legales a un ilícito en la medida en que sea necesario para evitar daños y en la medida en que sea proporcional al daño así evitado. Entretanto, muchos de sus críticos feministas radicales, políticos hasta el final, insisten no en que el principio del daño sea errado, sino en que la lista de daños a los que el derecho y sus defensores liberales son típicamente receptivos, si se piensa en la violación o en otros delitos normalmente perpetrados contra mujeres, es miope, por no decir simplista[7]. La atención está muy focalizada en daños físicos, o en daños con diagnóstico médico, y no lo suficiente en la propia experiencia de violación que sufren las mujeres —el modo en el que *para la víctima* cambia su vida por el hecho de haber sido violada, o la manera en el que *para las mujeres* cambian sus vidas por el riesgo a ser violadas—. Sin dudas, esos desafíos al limitado enfoque legalista del daño tienen un gran mérito. Pero comparten con la visión que desafían un punto de partida errado. El principio del daño establece ciertos límites a la proscripción legal de aquello que está mal, pero no evita que el derecho muestre receptividad a otros elementos al definir o clasificar lo que está mal con propósitos legales.

---

[6] La fuente principal de esta visión de la naturaleza del daño es J. Raz, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (1987).

[7] Véase *e. g.* MacKinnon, *Feminism Unmodified, supra* n. 5, 166; Burgess-Jackson, *Rape: A Philosophical Investigation, supra* n. 2, 56-57.

No dice que el sistema legal solo deba prestarle atención a la dañosidad[8]. El derecho podría proscribir el incumplimiento de un contrato (ya sea al hacerlo accionable en los tribunales civiles o punible en los tribunales penales) y si hiciera esto se ajustaría al principio del daño. El incumplimiento de los contratos tiende a dañar, incluso aunque no dañe específicamente al demandante al hacerle perder los beneficios (si es que hay alguno) del contrato, porque incluso bajo esas circunstancias el incumplimiento tiende a desgastar la práctica de mantener obligaciones voluntarias confiables y, así, daña a cualquiera que tenga una razón, o pueda llegar a tener una razón, para introducirse en tales obligaciones. Pero el incumplimiento de un contrato es incorrecto porque es el incumplimiento de una obligación voluntaria, no por los varios daños que acompañan a ese incumplimiento (incluyendo el daño a la práctica). Centrarse en los daños tiende a ocultar la incorrección del acto mismo.

Lo mismo vale para la violación. Es posible, aunque sea inusual, que un violador no haga daño. La víctima puede permanecer para siempre ajena al hecho de haber sido violada si, digamos, el violador usó preservativo y ella estaba drogada o ebria al punto de la inconsciencia cuando se cometió la violación. Para aquellos que dicen que esto es fisiológicamente imposible —que la violación debe involucrar una fuerza dañina o dolorosa, que inevitablemente la sacará a la luz luego— la respuesta es que esa objeción descuida el importante hecho de que, como lo han destacado aquellos que han llamado la atención sobre el fenómeno de «la violación con motivo de una cita», alguien puede ser violado mientras está sexualmente excitado, incluso cuando está sexualmente excitado por las atenciones del violador, y se puede estar sexualmente excitado, por supuesto, mientras se está borracho o drogado. Entonces tenemos una víctima de violación cuya vida no ha cambiado para peor, o no ha cambiado en absoluto, a causa de la violación. En la frase de MacKinnon, ella no se «siente vulnerada». No tiene sentimientos acerca del incidente, dado que no tiene conocimiento él. En efecto, lo sucedido no tiene ninguna dimensión prospectiva para la víctima, excepto una posible resaca por la mañana; por lo demás, su vida sigue exactamente igual que antes. Debido a ello, ni siquiera tiene una dimensión prospectiva para otros que puedan temer una violación a medianoche en virtud de las noticias sobre víctimas inconscientes atacadas inadvertidamente. Recuérdese que en nuestro ejemplo el incidente nunca sale a la luz (permítaseme agregar, para un completo aislamiento del caso, que el violador, que no le dijo a nadie nada de lo que hizo, es atropellado por un ómnibus cuando deja la casa, y que hubiera sido igual de probable que ello ocurriera incluso si no hubiera perpetrado la violación, puesto que ese hecho ni retrasó ni aceleró su muerte. Así, la violación tampoco supuso una diferencia respecto de *sus* perspectivas de futuro).

---

[8] Véase, además, S. Shute y J. Horder, «Thieving and Deceiving: What is the Difference?», *Modern Law Review,* 56 (1993), 548.