

El daño (en derecho penal, criminología y política criminal)

FERNANDO MIRÓ LLINARES

Catedrático de Derecho penal. Universidad Miguel Hernández (Elche)

RESUMEN

El trabajo analiza el rol del daño en derecho penal, criminología y política criminal. Ante la reciente propuesta de la zemiología de abandonar como referencia el delito y sustituirlo por el «social harm», se analiza en profundidad el papel que la idea de daño ha cumplido y podría cumplir en cada disciplina y su relación con el objeto «delito» en cada una de ellas. Se argumenta que el daño siempre ha sido un objeto implícito de estudio en criminología y derecho penal y que un desarrollo adecuado podría convertirlo en elemento crítico central de la política criminal y vertebrador de la confluencia entre lo normativo y lo empírico. Tras analizar diversos modelos, el trabajo finaliza identificando el «marco de valoración del daño» de Paoli y Greenfield como una base adecuada desde la que comenzar esa tarea compartida.

Palabras clave: *Daño, delito, daño social, zemiología, principio del daño, valoración del daño.*

ABSTRACT

This paper examines the role of harm in criminal law, criminology, and criminal policy. In light of the recent proposal from zemiology to abandon the reference to crime and replace it with «social harm,» this study provides an in-depth analysis of the function that the concept of harm has played and could continue to play within each discipline, as well as its relationship with the object of «crime» in each of them. It is argued that harm has always been an implicit object of study in criminology and criminal law and that its proper development could position it as a central and criti-

cal element in criminal policy, bridging the gap between normative and empirical dimensions. After reviewing various models, the study concludes by identifying Paoli and Greenfield's «harm assessment framework» approach as a suitable foundation from which to initiate this shared endeavor.

Key Words: Harm, crime, social harm, zemiology, harm principle, harm valuation.

SUMARIO: I. El problema de un objeto y tres cuerpos científicos.–II. Daño y criminología. 1. El delito como objeto de la criminología y «sus problemas». 2. ¿Más allá de la criminología? El enfoque del daño social. 3. Más allá de la zemiología. El daño en la criminología.–III. Daño y derecho penal. 1. Delito y principio del daño en el derecho penal anglosajón. 2. La construcción del daño en la filosofía moral y sus problemas. 3. Bien jurídico, ofensividad, daño social y daño material. El daño en la dogmática penal continental.–IV. Daño y política criminal. 1. Sobre el potencial de una idea de daño para la política criminal. 2. Modelos de cuantificación del daño y su potencial uso en la política criminal.–V. Valoración del daño: tarea compartida entre disciplinas.–VI. Bibliografía.

I. EL PROBLEMA DE UN OBJETO Y TRES CUERPOS CIENTÍFICOS

Recientemente se ha recordado que para *von Liszt* la *Gesamtestrafrechtswissenschaft* era, a la vez, tarea y sentido de la ciencia penal (1). Hoy, la idea de la unificación o integración de las (mal llamadas) ciencias penales (2), apuntada sólo ocasionalmente en manuales y tratados de derecho penal o de criminología, y que en su configuración más tradicional incluye también a la política criminal, apenas se expresa como auténtico *desiderátum* (3). Cuando se utiliza tal expresión, o alguna

(1) MIRÓ LLINARES, F., «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», Muñoz Sánchez, Juan, Corral Maraver, N., García Magna, D., Pérez Jiménez, F., Prado, B. (Eds.), Cerezo Domínguez, A. I., García Pérez, O., Rando Caserme, P. (Dir.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis, Tirant lo Blanch*, 2.^a ed., 2023, pp. 693-705.

(2) Véase al respecto MIRÓ LLINARES, F., «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», *op. cit.*, p. 697.

(3) Ejemplo de que la propuesta de integración ha perdido interés, en particular entre la dogmática penal, es, a mi parecer, el reciente «*Tratado*» de Jesús Silva. En primer lugar, el autor señala, a mi parecer con acierto, que la idea de Von Liszt de la

similar, se hace más bien como afirmación de cercanía entre saberes o, a lo máximo, como declaración, más simbólica que práctica, acerca de la bondad abstracta de la cooperación entre disciplinas distintas. Se reconoce la vecindad, pero se declara la ajenidad por el diferente problema de investigación y el método, con lo que se obvia algún posible propósito común (4). Y tampoco se aborda, más que con frases genéricas, la forma en la que deben colaborar las disciplinas entre sí.

Los objetos de estudio centrales del derecho penal (5) son el delito y la pena (6). En la criminología, por lo menos así se entendía en los manuales clásicos, el delito o la delincuencia (7), en parte dependiente

integración de las ciencias penales no era, precisamente, y como algunos lo habían interpretado, para situar al derecho penal en el centro sino más bien para orientar la doctrina del derecho penal a las ciencias sociales, y ante eso acaba diciendo que «no cabe afirmar que haya tenido lugar una propuesta sólida de orientación de la doctrina del derecho penal a las ciencias sociales». SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025. Luego, tras analizar el papel de lo empírico en el derecho penal desde su visión, Silva Sánchez se muestra mucho más comprensivo, que con la «ambiciosa» propuesta de la Ciencia total de Von Liszt, con la de configuración de un sistema integral del derecho penal. La califica como una propuesta más modesta que se movería «en el marco de la colaboración entre disciplinas eminentemente jurídicas» como el derecho penal, en particular las instituciones de la teoría del delito, el derecho procesal penal, el derecho de la individualización penal y el derecho constitucional. (*Ibíd.*, p. 517). Parece que el grado de deseabilidad de la integración entre disciplinas se relacione más con la cercanía metodológica entre saberes, que con la necesidad de colaboración interdisciplinaria para un objetivo común a las que cooperan entre sí.

(4) En palabras de Jescheck: «no puede haber unidad científica en este ámbito a causa de la diversidad de objetivos y métodos, si bien es promovido un suministro recíproco de conocimientos y una colaboración positiva. JESCHECK, H. H., OLMEDO CARDENETE, M. D. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Marcial Pons, 5.ª ed, Granada, 2003, p. 45.

(5) En este trabajo utilicé el término derecho penal en muchas ocasiones para referirme a la disciplina académica; por tanto, cuando así es, como sinónimo de dogmática penal, que es como ha gustado en denominarse a sí misma, ciencia del derecho penal o, incluso, doctrina penal. Aunque hay matices evidentes entre todas estas denominaciones, en muchas ocasiones se usan indistintamente para referirse al ámbito de conocimiento y a la comunidad que se ocupa del mismo. Lo mismo, por cierto, ocurre con el término criminología.

(6) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, 10.ª ed. Barcelona, 2015, p. 55.

(7) GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Tirant Lo Blanch, 4.ª ed., Valencia, 2013, p. 47. La criminología académica, a la Dostoievski (*Prestuplenie i nakazanie, Crimen y castigo*), prefiere usar los términos «crimen» y «castigo» para separarse de lo legalista. Sin embargo, «delito» y «crimen», así como «castigo penal» y «pena», se pueden usar y se usan como sinónimos, por mucho que se les pueda atribuir significados distintos; y la cuestión nunca es el término, sino el uso de este. Pone el acento Fletcher, por cierto, al referirse a Dostoievski, en el distinto modo en que la tradición alemana tradujo la famosa novela:

de aquello que legalmente fuera considerado como tal, y también la respuesta a ella del sistema penal (8). Por su parte, la política criminal también se ocupa del delito, en cuanto que su objeto es la praxis o acción pública relacionada con él, su prevención y la respuesta al mismo. Pero, pese a la conjunción de las tres disciplinas en uno o varios objetos, el problema de investigación en cada una de ellas parece diametralmente distinto y, por ello, también los métodos para su resolución: en el derecho penal el delito y la pena se estudian por la dogmática en abstracto (el delito como sistema ideal y el castigo abstracto) y en concreto (el acto de alguien en relación con la ley concreta, la pena merecida) para resolver esencialmente el problema de que los jueces apliquen justamente la ley penal al hecho delictivo particular; en la criminología el crimen se estudia en concreto (la conducta delictiva) y en general (la delincuencia) para tratar de comprender la etiología de la acción criminal y, en algunas corrientes, prevenirla; y la criminología también estudia la respuesta al delito para comprender qué es lo que se castiga con penas como delictivo y cómo se reacciona ante ello.

He empleado la expresión «parece» al afirmar que cada disciplina aborda problemas de investigación distintos porque, en realidad, algunos de ellos son compartidos. La dogmática penal, además de la determinación del sistema del delito y su aplicación para la resolución de la cuestión de la responsabilidad penal en un concreto supuesto, se ocupa del discernimiento del mejor derecho penal posible, al menos de *lege ferenda* (9). La identificación de propuestas críticas de reforma del derecho vigente dirigidas al legislador se fundamenta en consideraciones político-criminales y, aunque se contrasta con el derecho positivo existente, requiere algo más: consideraciones de deber ser (y, al menos debería incluirlo, potenciales soluciones basadas en el conocimiento de la realidad social). Ahí el derecho penal confluye parcialmente con aquella criminología que se ocupa no tanto de lo etiológico, del problema de porqué alguien comete un crimen, sino de cómo el sistema penal reacciona a él; a estudiar qué y porqué algo es considerado por el estado como un crimen, lo que generalmente incluye valo-

Schuld und Sühne, es decir, «culpa y expiación», en vez de «crimen y castigo». FLETCHER, G. P., *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*. Oxford University Press, 2007.

Añado yo que es llamativo, aunque nada chocante, esa identificación alemana entre crimen y culpa, por un lado, y pena y expiación, por otro.

(8) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El modelo político-criminal de la inclusión social», *Boletín criminológico*, Vol. 30 (230), 2024, pp. 1-44.

(9) Véase MIRÓ LLINARES, F., *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Tirant lo Blanch, 1.ª Edición, Valencia, 2022.

raciones críticas (10). Es cierto que el enfoque metodológico usualmente utilizado es distinto, y que la Doctrina penal suele adoptar una perspectiva más prescriptiva (aunque, en lo abstracto) que descriptiva, mientras que la criminología suele ser más descriptiva (aunque crítica en lo concreto); y de hecho los enfoques muchas veces se mezclan y confunden. Y lo mismo sucede cuando el objeto central es la pena y no el delito: desde la dogmática penal se estudia la misma en el plano teórico, pero se acaba descendiendo a la realidad de la ejecución de esta y a su impacto; lo cual siempre ha sido objeto de estudio por la criminología que, viceversa, se encarga de estudiar la realidad del castigo en concreto, pero, también, su legitimidad en abstracto y su carácter de ejercicio del poder punitivo esencialmente desde una perspectiva crítica. Hay partes del problema de investigación que son distintas para cada disciplina, pero otras que convergen.

Y lo anterior se plasma con claridad en la relación del derecho penal y de la criminología con el tercer «cuerpo» científico de lo que se denominó «ciencias penales», la política criminal teórica o, para algunos mejor denominada, política jurídico-penal (11). Y entrecorrimo el término «cuerpo», científico, porque mientras que podría decirse que Dogmática penal y Criminología se auto perciben como ciencias o disciplinas científicas y se miran generalmente la una a la otra como extrañas, podríamos decir que la política criminal no siempre es percibida como una disciplina con una comunidad académica, sino como un campo científico-práctico al que se dedican quienes pertenecen a las otras dos. Recuerda Díez Ripollés que von Liszt introduce la política criminal cuando asume la necesidad de un instrumento político-práctico que diseñe la estrategia para luchar eficazmente contra la delincuencia a partir del conocimiento de los saberes científicos sociales, y que permita evaluar y reformar el derecho penal (12). En la actualidad, la política criminal se «estudia» desde el derecho penal y también desde la criminología, por lo que parece ser aceptada como objeto y problema de estudio tanto

(10) Así recientemente Silva Sánchez ha señalado, a mi parecer con acierto, que «la criminología no es sólo una disciplina empírica, cultivada con métodos cuantitativos. Por el contrario, quienes se dedican a ella realizan también análisis cualitativos, en cuyo marco se formulan enunciados crítico-valorativos». SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 514.

(11) O política del derecho penal, ambas denominaciones preferibles para referirse a la concepción «valorativa» de la Política criminal según SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 514.

(12) Díez Ripollés, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales. La contribución de v. Liszt», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20(12), 2018.

por la dogmática penal como por la criminología. Ambas disciplinas se ocupan de ella, si bien, en ocasiones, al hacerlo tratan de adaptar el objeto al margen de acción epistémico de la disciplina para no tener que hacer lo contrario. Así ocurre con la visión dogmática de la política criminal según la cual ésta consiste en el análisis sistemático de lo valorativo sin atender a las políticas de prevención del delito, que requerirían metodologías empíricas (13). Como si fuera útil,

(13) Esta visión se corresponde con la que Silva Sánchez ha denominado concepción valorativa de la política criminal, distinta a «la concepción empírica que dio lugar en su día a la propuesta de una política criminal científica»; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 514. En la primera se encontrarían SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Fundamentos de política criminal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012 y ROBLES PLANAS, R., *Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014. En contra de este entendimiento de la política criminal MAÑALICH RAFFO, J. P., «El principalismo político-criminal como fetiche», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, 2018, pp. 59-71; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El modelo político-criminal de la inclusión social», *op. cit.* Este último autor sitúa, con acierto, en este entendimiento, mi propia concepción de la política criminal en MIRÓ LLINARES, F., *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas)*, *op. cit.* Dice Silva Sánchez, con razón, que hay un contrapunto a ambas concepciones, el de la política criminal real, la que se lleva a cabo por pluralidad de agentes con el denominador común de la extrema urgencia, y frente a la cual una teoría de la política jurídico penal empírica y valorativa tiene que aportar «serenidad, tiempo y trabajo al análisis de los problemas», lo que requiere, y también acierta en esto, la colaboración interdisciplinaria de penalistas y criminólogos, filósofos, sociólogos, psicólogos y otros especialistas. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.* Propone Silva Sánchez, además, una posible solución de consenso, entre la primera posición que, según él, integra las valoraciones en el ámbito de la filosofía práctica y el que, dice el autor, asume las consecuencias del racionalismo crítico y asigna a la política penal una naturaleza estrictamente política. La solución exige distinguir dos planos valorativos distintos, el que se relaciona con la *lege lata* y el de *lege ferenda*, y se refiere a ellos implícitamente más adelante al señalar que la política jurídica y la crítica externa al sistema vigente también es misión de la doctrina del derecho penal (aunque no sea sólo de ella), al encargarse de las propuestas técnico jurídicas de *lege ferenda* justificadas desde el punto de vista conceptual y sistemático, sin entrar en la legitimidad general de un régimen, lo que la distinguiría radicalmente de la crítica filosófica o política. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 554. No entraré aquí en un debate profundo sobre el tema, pero sí diré que lo que se critica del entendimiento dogmático de la política criminal no es la utilización de parámetros normativos o valorativos, en forma de principios y límites, asumidos como esenciales por parte de los demás, sino el que ellos se puedan aplicar de forma neutra y aséptica, como estructuras metafísicas que no tienen contacto con la realidad de la delincuencia o de la sociedad. En otras palabras, no se niega que se pueda y deba usar la filosofía práctica para argumentar en torno a la política criminal, sino que hacerlo sólo con ella sea suficiente. Tanto para valorar una ley existente o una por aprobarse es imprescindible enfrentarse a ello desde el realismo de que cualquier valoración normativa se hace en un contexto determinado y debe par-

para la crítica teórica de una praxis política real, realizar la reflexión crítica sobre hasta dónde puede llegar la intervención penal frente al delito sin atender a la realidad de lo que supone el delito (14).

Este tipo de disquisiciones meta-teóricas sobre los problemas de compartir un objeto entre varias disciplinas, que en el fondo es la cuestión de cuál es y debe ser la relación entre ellas, eran hasta hace poco más parte del olvido que del debate académico. Sin que pueda decirse que sean la última tendencia en la reflexión académica, sí que es cierto que se han reactivado recientemente. Por un lado, a raíz de los citados debates en torno al alcance de la política criminal teórica que han puesto de manifiesto la existencia de concepciones diversas sobre esta disciplina y, también, que detrás de la discusión sobre el objeto hay cierta pugna por el método. Pero, por otro, por la irrupción de un debate de interés para la reconfiguración del ámbito disciplinario del derecho penal, la política criminal y la criminología: la reciente propuesta de la «zemiología» de abandonar el delito y centrarse en el estudio del «Daño social» (15). Al fin y al cabo, si apareciera un nuevo objeto central en una de las disciplinas, uno que ya no fuera el delito, y aquella se planteara abandonar este último como elemento de estudio: ¿cambiaría la relación entre las disciplinas de algún modo? El comentado debate académico, de cierta

tir de él para, precisamente, resultar funcional y legítima. Se puede, y debe, hacer filosofía moral o práctica sobre cómo debería ser una política criminal de un lugar ideal o a partir de una estructura moral determinada (acerca de la cual puede haber acuerdo o no). Pero cualquier reflexión teórica de tipo político criminal que pretenda tener capacidad crítica requiere, además de un armazón coherente de principios y garantías, que toda la reflexión valorativa atienda y se asiente en los contextos de realidad en los que la misma se aplica. Y no para dar la razón a lo contingente, sino, en muchas ocasiones, para negar serenamente las soluciones inmediatas con capacidad real de ser influyente. *Ibid.*, p. 554.

(14) Lo que, a mi parecer, y como adelanto en la nota anterior, limita las posibilidades de éxito de la supuesta primera parte de la tarea. Al fin y al cabo, una de las consideraciones axiológicas más importantes que se puede hacer sobre cualquier modelo o intervención político-criminal es la de la proporcionalidad frente al delito y es sabida la dificultad de «ponderar» la gravedad de la pena sin atender a la relevancia del bien jurídico y a la «lesividad de la conducta inculpada». Por usar por primera vez el término que va a ser central en este trabajo: ¿se puede hacer un juicio completo de política criminal sin atender a los daños que causa el delito o sin valorar los que produce la represión formal de las conductas por medio del derecho penal? LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 159-190; 175 y ss.

(15) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, Pluto Press, London, 2004, pp. 19-20.

intensidad en la criminología teórica (16), pero del que sólo excepcionalmente se ha hecho eco la doctrina penal (17), supone explícitamente que una corriente teórica reniega del objeto delito y pide «escapar del derecho penal» (18). Y muestra, implícitamente, la relevancia que sigue teniendo la discusión de cuáles son y deben ser los objetos de estudio de derecho penal, criminología y política criminal y cómo se relacionan entre sí.

El presente trabajo aborda estas cuestiones indirectamente al ocuparse, directamente, del concepto de daño y su sentido para el derecho penal, la criminología y la política criminal. Aprovecha de inicio la citada discusión académica sobre la huida del delito por parte de la criminología para ir más allá de ella y plantear el rol que desempeña y podría desempeñar el daño en cada una de las disciplinas. Partiré de la disciplina en la que se ha planteado el debate, estudiando tanto el significado del daño como su relación con el denostado objeto de esta, el delito. Acudiré, después, a la dogmática penal, donde más se ha usado el concepto de daño, aunque con distinto significado según sea el ámbito anglosajón y continental. Finalmente, me ocuparé del rol que ocupa el daño en la disciplina que, a mi parecer, mejor rendimiento puede sacar de esta idea, la política criminal, y me sumaré a una propuesta para comenzar a reformular la disciplina, su objeto y sus métodos, a partir del daño. Con ello el trabajo entrará en la cuestión de cómo debe entenderse la relación entre estos tres cuerpos científicos.

(16) Véase, entre otros, y más allá de las referencias de los propios autores de la zemiología, las valoraciones y críticas de HUGHES, G., «Book review: Beyond Criminology: Taking Harm Seriously», *Social & Legal Studies*, Vol. 15(1), 2006, pp. 157-159; LOADER, I. y SPARKS, R., *Public Criminology?*, Routledge, London/New York, 2013; y O'MALLEY, P., «Justice without crime and punishment? Security, harm and compensation in a neoliberal world», en Carlen, P., Ayres Franca, L. (Eds.) *Justice Alternatives*, Routledge, 2019

(17) Sólo desde el contexto anglosajón del derecho penal se ha prestado algo de atención a la cuestión, como LACEY, N. y ZEDNER, L., «Criminalization: Historical, Legal, and Criminological Perspectives», Liebling, A., Maruna, S. y Mcara, L. (Eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2023, pp. 53-74 y ZEDNER, L., «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», BOSWORTH, M. Y HOYLE, C. (Eds.) *What is Criminology?*, Oxford University Press, 2012. En nuestro país, la excepción al desinterés por la cuestión es VILA-VIÑAS, D., «Recensión del libro de Victoria Canning y Steve Tombs, *From Social Harm to Zemiology. A Critical Introduction*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23(3), 2021 quien lleva a cabo un atinado análisis a raíz de una de las últimas recopilaciones de trabajos procedentes de la zemiología.

(18) Como se verá, sólo parcialmente, pues, en la huida, acaba refugiándose en la idea de «daño», un concepto de gran importancia para la dogmática penal, particularmente la de cuño anglosajón.

II. DAÑO Y CRIMINOLOGÍA

1. El delito como objeto de la criminología y «sus problemas»

Es común la afirmación de que toda disciplina científica debe tener un objeto; también, y esto ya parece más complejo y determinante de cara a poder ser calificada como tal, que éste no debe ser compartido con ninguna otra «ciencia» o disciplina. En el caso de la criminología la, si se me permite la expresión, «pelea» por la autonomía se centra en la cuestión de su relación con el delito (o crimen), objeto de estudio propio, pero, a su vez, objeto central de estudio de una disciplina distinta, el derecho penal. En *Principios de Criminología* Garrido, Stangeland y Redondo dicen que la aseveración de que la criminología tiene como objeto de análisis el delito, el mismo que el derecho penal, conllevaría la afirmación de que la criminología carece de objeto de estudio propio (19). Por su parte García Pablos resalta la necesidad de delimitar el concepto criminológico de delito «porque la autonomía científica de la criminología debe permitir a ésta la determinación de su propio objeto, sin someterse a las definiciones de delito que provengan de otros ámbitos o instancias» (20). La forma en la que se ha afrontado esta necesaria separación ha sido o bien explicar la supuesta diferente naturaleza del objeto delito para cada disciplina o bien añadir a este, otros objetos de estudio distintos. Sutherland y Cressey adoptaban esta última estrategia cuando afirmaban que la criminología es el estudio de «*making laws, breaking laws and the reacting towards the breaking of laws*» (21); y, en nuestro contexto, también García Pablos de Molina, al afirmar que la criminología se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo (22). Todos estos nuevos objetos, sin embargo, se relacionan de algún modo con el delito como tal, y de ahí que el esfuerzo de los mismos autores se centre en separarse del concepto formal y normativo y sostener una conceptualización de este como problema social y comunitario (23) o de carácter empírico real y dinámico aún relacionado con aquello que formalmente es definido

(19) GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., *Principios de criminología*, op. cit., p. 46.

(20) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89 y ss.

(21) SUTHERLAND, E. H., *Principles of Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1955, p. 3.

(22) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, op. cit.

(23) BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Bünstner, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 87

como delictivo (24). Detrás de estos esfuerzos categorizadores del objeto delito, no siempre clarificadores y acertados, hay cierta intuición de algo que, creo, resulta evidente: que un mismo, o similar, objeto o concepto puede dar lugar a problemas de investigación de muy diferente naturaleza y, por tanto, a tradiciones de investigación muy diferentes entre sí (25). Esto es lo que ocurre con el derecho penal y la criminología, que tengan o no el mismo objeto, o se acepte cierta vinculación entre el objeto de una y de otra, cada una de ellas nació y se desarrolló para resolver problemas de investigación diferentes y se configuraron, por tanto, como tradiciones científicas distintas.

Y, pese a ello, ha sido la vinculación de la criminología al objeto delito, su supuesta «sumisión» a, o dependencia del, concepto formal o legal de «*crime*», lo que ha sido criticado por la propia disciplina prácticamente desde su nacimiento como comunidad académica (26). Y aunque, como veremos, fue la criminología (autodenominada) crítica la que acaparó el ataque al delito como objeto, al convertirlo en problema central de la evolución de la disciplina y razón para cambiar la nomenclatura de esta, voces anteriores constataron la existencia del «problema del objeto». Destacaré las de Sellin, Sutherland y «los Schwendingers» por constituir tres modos diferentes de ver el problema y de plantear una solución al mismo.

Para Sellin el problema es científico o, si se quiere, meta-teórico, puesto que para el autor la cuestión es cómo compatibilizar la idea de ciencia, en el sentido puro positivista y explicativo, con algo tan dependiente de lo externo a ella como es el crimen, determinado por lo que el legislador dice que es (27). Señala Sellin que el desarrollo de una ciencia explicativa del comportamiento criminal es incompatible con que los no científicos (abogados o legisladores) definan los términos y los límites del estudio científico del crimen (28). Podría decirse que Sellin quiere evitar que la crítica de Von Kirchman a la ciencia jurídica contagie a la criminología. Y dado que el problema es teórico y consiste en el objeto, la solución solo puede consistir en un cambio de este. Lo que propone el autor para liberarse de las «cadenas» del

(24) SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.

(25) LAUDAN, L., *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*, University of California Press, Berkeley, 1978.

(26) *Vid. infra*. Véase YOUNG, J., «Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm», *The British Journal of Criminology*, Vol. 28 (2), 1988, pp. 159-183.

(27) SELLIN, T., «Culture Conflict and Crime», *American Journal of Sociology*, Vol. 44, 1938, pp. 100.

(28) SELLIN, T., *op. cit.*, p. 100.

derecho penal es situar como objeto de estudio de la criminología las normas de conducta universales (29). Éstas trascienden a cualquier estado o institución de este y no están confinadas necesariamente por lo que dice la ley, por lo que permitirían su estudio como categorías universales conforme exige la lógica de la ciencia.

El planteamiento de Sutherland es distinto. En vez de metateórico lo percibe esencialmente como un problema «político-criminal». Sutherland nunca hizo una crítica explícita del delito como objeto de la criminología, ni propuso directamente una redefinición del crimen como «*social injury*». Pero tales ideas se pueden extraer, sin embargo, de sus consideraciones sobre la insuficiencia de la definición tradicional del delito para dar cuenta de prácticas empresariales poco éticas pero muy lesivas (30). Tras identificar tales prácticas y su lesividad y comprobar que no en todos los estados eran consideradas delictivas, sino que daban lugar a sanciones civiles, y expresar los problemas que ello planteaba al no aparecer en las estadísticas y limitar la visión que se tenía del crimen como ligado a la pobreza (31), Sutherland acaba defendiendo más con sus actos de investigación que con desarrollos teóricos que aquello que no es crimen, pero debe serlo, debe ser objeto de estudio de la criminología. De hecho, su definición de lo característico del delito como «comportamiento que es prohibido por el estado como un daño (32) al estado y contra el que el estado debe reaccionar, al menos como último recurso, con el castigo», anticipa que para hacer un juicio político criminal sobre qué y cómo debe ser castigado, la criminología tiene que atender a la lesividad de la conducta.

Y este es el punto de partida de Schwendinger y Schwendinger quienes, tras un detallado análisis de las posiciones de Sellin y Sutherland, proponen superar la visión tradicional de la criminología que liga el concepto de delito a la definición legal, utilizando los derechos humanos como base para identificar comportamientos criminales (33). Los autores critican las definiciones legalistas del crimen, señalando que minimizan el daño social causado por violaciones de derechos huma-

(29) SELLIN, T., *op. cit.*, pp. 100-101. Sobre ello, con un análisis crítico de interés, véase también: SCHWENDINGER, H. y SCHWENDINGER, J. R., «Defenders of Order or Guardians of Human Rights», *Issues in Criminology*, Vol. 5 (2), 1970, pp. 123-157.

(30) SUTHERLAND, E. H., «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, Vol. 5, 1940, pp. 1-12; id., *White Collar Crime*, Dryden Press, Nueva York, 1949.

(31) SUTHERLAND, E. H., *op. cit.*

(32) SUTHERLAND, E. H., *op. cit.*, p. 31. Sutherland utiliza el término *injury* y no *harm*, pero el significado es el mismo. Más adelante, de hecho, cuando habla de la publicidad engañosa y los cambios normativos derivados de la percepción social sobre la lesividad de esta, usa el mismo término como equivalente a lesivo o dañoso.

(33) SCHWENDINGER, H. y SCHWENDINGER, J. R., *op. cit.*

nos, como el derecho a la vida, la igualdad racial, sexual y económica, mientras sí estudian actos individuales menos lesivos sólo porque las estructuras de poder lo deciden así (34). Por ello, la criminología debe redefinir su objeto de estudio para centrarse en las lesiones sociales significativas y no en las definiciones jurídicas impuestas por el Estado, y los criminólogos pasar de ser defensores del orden establecido a convertirse en guardianes de los derechos humanos (35). Como puede verse, pues, que aquí la razón principal de la crítica no es de naturaleza meta-teórica, sino explícitamente político-criminal, en cuanto que tenía que ver con la propia visión del propósito político o ideológico de la disciplina que, a su vez, determinaba los márgenes de esta.

Esta última visión crítica, totalmente centrada ya en lo político o ideológico, entronca con los desarrollos que desde la sociología y la filosofía comenzaban a cuestionar a mediados y finales del siglo xx no sólo el concepto de delito sino, también, la legislación penal y el papel de la criminología, señalando que al asumir el objeto lo confirmaba y reforzaba las desigualdades sociales y las relaciones de poder (36). Esto dio lugar a una criminología que quiso denominarse crítica, pero también radical, para separarse de la, por ellos, denominada criminología «administrativa», «positivista» o «realista». Esa «nueva» criminología sostenía que la única forma de que la disciplina tuviera credibilidad académica independiente era cortar todos los vínculos institucionales con quienes definen, desde el poder, qué es el delito y centrar su estudio en los procesos de criminalización por sí mismos, esto es, cómo y por qué «ciertos actos «dañinos» llegan a definirse y reconocerse como «crimen», mientras que otros no» (37). La premisa de partida, pues, es política o ideológica: qué es el poder quien define lo que es delito y lo que no. Pero, con la intención de que la criminología abarcara el estudio de otros comportamientos cuyas consecuencias son más generalizadas y dañinas que la mayoría de los comportamientos e incidentes que actualmente conforman el «problema del crimen» (38), estaban declarando implícitamente una idea que sí tiene connotaciones teórico científicas: la de que es posible (y necesario) reconocer que hay conductas lesivas, daños, más allá de lo que el estado, formalmente, defina como delictivo, y que son estas las

(34) SCHWENDINGER, H. y SCHWENDINGER, J. R., *op. cit.*, pp. 130-132.

(35) SCHWENDINGER, H. y SCHWENDINGER, J. R., *op. cit.*, p. 150.

(36) FOUCAULT, M., *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Vintage Books, Nueva York, 1977.

(37) MUNCIE, J., «Decriminalizing Criminology», en LEWIS, G., GEWIRTZ, S. y CLARKE, J. (Dir.), *Rethinking Social Policy*, SAGE, London, 2000, pp. 217-228, esp. p. 218 y ss.

(38) MUNCIE, J., *op. cit.*, p. 219.

que debieran constituir el objeto de la criminología más que exclusivamente aquello que, lesivo o no, el estado ha definido como delictivo. Y es que una vez la criminología crítica había logrado «socavar con éxito el concepto legal de crimen» (39), el siguiente paso era definir la disciplina y el campo de la criminología de forma autónoma. Una tarea cuya dificultad estribaba, según los propios críticos reconocían, en encontrar un objeto de estudio definido de la criminología que, en palabras de van Swaaningen y Taylor, no se convirtiera «casi en algo similar a la limitación de todo sufrimiento humano» (40). De ahí que algunos plantearan una ampliación de los horizontes de la disciplina para abarcar el estudio de aquellos daños sociales que a menudo son mucho más lesivos para la sociedad que aquellas actividades restringidas que se han definido como criminales.

2. ¿Más allá de la criminología? El enfoque del daño social

Es a principios de este siglo cuando se comienza a dar el paso de nombrar un nuevo objeto de la criminología y, a partir de ahí, crear una nueva denominación para la disciplina. Un paso que, ciertamente, y como hemos visto, seguía el camino de quienes ya habían reconocido el problema de limitarse a situar como objeto de la criminología el delito y habían ampliado el objeto de estudio a otros objetos relacionados con algún tipo de lesividad o dañosidad. Además de las ideas ya comentadas de «*social injury*» de Sutherland, o de «*human rights*» de los Schwendingers, recuerda Muncie que a finales del siglo pasado se habían utilizado otros conceptos para ampliar el estudio de la criminología a otros «problemas», a «eventos problemáticos» o a conductas de «rechazo violento al comportamiento democrático» (41). También se usaba ya el término «*social harm*», «daño social», por De Haan, al definir así el delito, y, como recuerda Pemberton, por otros autores como Kramer, Michalowski o Tiftt (42). También lo usaba el

(39) VAN SWAANINGEN, R. y TAYLOR, I., «Rethinking Critical Criminology: A Panel Discussion», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 21, 1994, pp. 183-190.

(40) VAN SWAANINGEN, R. y TAYLOR, I., *op. cit.*, p. 186.

(41) STEINERT, H., «Beyond Crime and Punishment», *Contemporary Crises*, Vol. 10(1), 1986, pp. 21-38, se refiere a los «problemas»; HULSMAN, L. H. C., «Critical Criminology and the Concept of Crime», *Contemporary Crises*, Vol. 10(1), 1986, pp. 63-80, a los «eventos problemáticos»; y PEPINSKY, H. E., *The Geometry of Violence and Democracy*, Indiana University Press, Bloomington, 1991, al «rechazo violento del comportamiento democrático».

(42) PEMBERTON, S., «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 48 (1), 2007, pp. 27-41. Véase TIFFT, L., «Social Harm Definitions of Crime», *The Critical Criminologist*,

propio Muncie quien demandaba una reconceptualización de la criminología a partir de este término que permita liberarla de la referencia al delito (43). Pero ninguno de ellos lo definía como objeto único y fundamental de la disciplina ni se atrevía a dar el paso de encontrar un término para la disciplina, uno que reemplazara (o fuera más allá de) criminología (44). Como ha señalado Pemberton, es a partir de una serie de reuniones del grupo *Law and Society* en 1999 y con la publicación de la recopilación de estas en *Beyond Criminology*, cuando puede comenzar a decirse que tomó tierra la noción de «daño social» (45). El punto de partida, de nuevo, era la crítica a la criminología, en general, y a la criminología crítica en particular, y también la insuficiencia del concepto de delito para lograr capturar «*the full range of harms that impact on our lives*» (46). Y el argumento central es que, frente a ello, el de daño social constituye un concepto mucho más útil para abordar los problemas sociales que afectan a las personas durante toda su existencia (47). En el primer capítulo del libro Hillyard y Tombs presentan nueve críticas clave a la criminología, que vienen a constituir, a su vez, las bases de una nueva disciplina en torno a la noción de «daño social». Entre otras ideas, que como se verán ya habían sido planteadas anteriormente: que el delito no refleja una realidad objetiva sino que es una construcción social; que la criminología perpetúa el mito del delito al asumirlo como objeto de estudio y con ello mantiene las relaciones de poder; que lo que es delito es en ocasiones insignificante y mucho menos lesivo que daños graves causados por actores sociales poderosos; que la criminalización causa dolor o que el control del delito es una industria ineficaz pero acaba siendo legitimado por la criminología al enfocarse en el delito. Frente a ello, la zemiología propone un «cambio de paradigma» hacia un análisis

Vol. 7(1), 1995, pp. 9-13; DE HAAN, W., *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*, 1.ª ed., Vol. 82, Unwin Hyman, London, 1990; KRAMER, R. C. y MICHALOWSKI, R. J., «War, Aggression and State Crime: A Criminological Analysis of the Invasion and Occupation of Iraq», *The British Journal of Criminology*, Vol. 45(4), 2005, pp. 446-469.

(43) MUNCIE, J., *op. cit.*, p. 219.

(44) *Ibid.* Es llamativo que el artículo termina recordando el *Athenaeum de Topinard en el que el autor expresaba su desagrado por el término «antropología criminológica» y surgiría, a regañadientes, usar el término «criminología» en su lugar, «hasta que se encuentre un mejor término»; y señalando que «un siglo después, esa búsqueda parece incluso más urgente y necesaria».*

(45) PEMBERTON, S., *op. cit.*

(46) PEMBERTON, S., *op. cit.*, p. 30.

(47) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *op. cit.*, pp. 19-20.

integral de los daños sociales que desafíe lo legal y adopte nuevas perspectivas para alcanzar la justicia social (48).

En ese cambio de paradigma el elemento del que se huye es el delito y el objeto que deviene central es la idea de daño social. Pero ¿Cómo se define este? En los primeros desarrollos de «*beyond criminology*» la idea de daño social se define más en negativo, por contraste o contraposición a lo que no es delito o a aquello que no está abarcado por la idea de delito, que «en positivo», describiendo las cualidades que tiene aquello que es «daño social». Lo más parecido a una definición es la consideración de los autores de que el término debería abarcar «una amplia gama de eventos y condiciones que afectan a las personas durante su vida» (49), si bien ante la evidente amplitud e indefinición de tal propuesta la complementan con una primera lista de tipologías que entrarían dentro del concepto de daño social: los daños físicos (causados en el ámbito profesional médico, por accidentes de coches, actividades laborales, falta de comida o tortura, entre otras muchas), los daños económicos o financieros (entre ellos la pobreza pero también la falta de empleo y otras pérdidas patrimoniales producidas por la interacción con el sistema económico), los daños psicológicos o emocionales y los daños culturales (50), categoría aún más amplia que incluye la autonomía, la idea de desarrollo o el propio acceso a la cultura y la información. La incuestionable amplitud y el relativismo que puede conllevar una definición de tal tipo no sólo era reconocida por los autores sino defendida por la bondad que supuestamente conlleva operacionalizar algo tan indeterminado y de hacerlo teniendo en cuenta otras visiones que no las del propio estado (51). No definir el objeto daño social como modo de superar el reduccionismo del objeto delito.

Es en una fase posterior cuando aparecen intentos más serios de definición o conceptualización de la idea de daño social para evitar que cualquier cosa pueda serlo y, a la vez, no. Yar, uno de los primeros, lo define como «la experiencia intersubjetiva de ser rechazado o no reconocido respecto a cualquiera o todas las dimensiones de las necesidades humanas», que serían el amor, la estima y los derechos, aunque lo vincula a la vez a la idea de delito o de lo que debería ser

(48) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *op. cit.*, pp. 19 y ss. Véase también: HILLYARD, P. y TOMBS, S., «From 'Crime' to Social Harm?», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 48, 2007, pp. 9-25.

(49) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

(50) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, *op. cit.*, p. 23.

(51) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, *op. cit.*, p. 24.

considerado como tal (52). Más recientemente Raymen, en una interesante monografía, lo ha relacionado con la idea de florecimiento humano en un sentido ético post aristotélico y lo define como cuando «un individuo, institución o comunidad no persigue, se le impide perseguir o se le desanima de perseguir los bienes genuinos que son internos a las prácticas sociales y a los diversos roles sociales que ocupan» (53). Pero quizás el intento más exitoso haya sido el de Pemberton, que ya en 2007 en uno de sus primeros trabajos sobre el tema reconocía la necesidad, también la dificultad, de delinear una noción coherente de daño: por un lado, por el potencial relativismo que conlleva la desvinculación de este concepto del sistema de justicia penal, y, añade, por otro, porque una definición no restrictiva podría dar entrada a «los intereses de los poderosos» (54). Tras rechazar propuestas como la de los Schwendinger que usaban los derechos humanos como referencia, o la de Muncie, y situar el elemento central de la idea de daño en el adjetivo «social», que los circunscribe a aquellos producidos en el contexto de «las relaciones sociales lesivas comunes a las sociedades capitalistas», Pemberton identifica el daño, al menos inicialmente, como la insatisfacción de las necesidades humanas (55). A partir de la teoría de la necesidad humana de Doyal y Gough (56), Pemberton propone un enfoque normativo que permita diferenciar lo que es necesario estructuralmente para el bienestar humano de los

(52) YAR, MAJID. «Recognition as the Grounds of a General Theory of Crime as Social Harm?», O'neill, S. Y Smith, N. H. (Eds.) *Recognition Theory as Social Research: Investigating the Dynamics of Social Conflict*, Palgrave Macmillan UK, Londres, 2012, pp. 109-26.

(53) RAYMEN, T., *The Enigma of Social Harm: The Problem of Liberalism*, Taylor & Francis, London, 2022, p. 233. A lo que añade «...y cuando se nos impide sistemáticamente adquirir los medios para convertirnos en razonadores prácticos capaces de discriminar entre los diversos deseos, anhelos y bienes en sus vidas, determinar qué es la buena vida para ellos de acuerdo con sus roles, prácticas, circunstancias presentes y contexto, y posteriormente actuar en consecuencia con dicho razonamiento práctico». Reconoce Raymen que es una definición extensa e inmanejable y recomienda fijarse más en el marco que en ella para la difícil tarea de identificar los daños sociales.

(54) PEMBERTON, S., «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», *op. cit.* y PEMBERTON, S., *Harmful Societies. Understanding social Harm*, Policy press, 2016, p. 14.

(55) En concreto dice Pemberton, que «el daño social actúa como una forma abreviada para reflejar las relaciones, procesos, flujos, prácticas, discursos, acciones e inacciones que constituyen el entramado de nuestras sociedades y que comprometen el cumplimiento de las necesidades humanas, dando lugar así a daños identificables.» PEMBERTON, S., *Harmful Societies. Understanding social Harm*, *op. cit.*, p. 24.

(56) DOYAL, L. y GOUGH, I., *A Theory of Human Need*, 1.ª ed., Bloomsbury Publishing Plc, London, 1991, pp. 8-9.

anhelos subjetivos de estos (57). Y digo el más exitoso porque los padres del concepto de daño social han acabado aceptando una idea similar al definirlo provisionalmente como la ausencia de reconocimiento o satisfacción de las necesidades humanas de un modo que acaba afectando a la posibilidad de plena realización de las personas (58). Y lo primero que se hace evidente de esta definición, antes de entrar en una valoración crítica completa del enfoque, más allá del llamativo esfuerzo que han hecho los autores por huir no sólo del delito sino de la propia idea de daño tradicionalmente usada por la dogmática como argumento de legitimación de la intervención penal, es la amplitud e indefinición epistémica del concepto y lo problemático que puede ser no ya reemplazar el objeto delito sino configurar sobre él una nueva disciplina científica.

Aunque la etiqueta zemiología fuera singular y la nomenclatura no gustase a muchos (59), y pese a lo evidente que resultaba que muchas de las críticas que se hacían al objeto delito eran anteriores y no habían obligado al cambio de etiquetas, puede decirse que desde la publicación de *Beyond Criminology* el enfoque del social harm y de la etiqueta zemiología ha tenido cierto éxito académico. No solo son muchos los trabajos que se han realizado desde este enfoque, sino que también lo son los ámbitos de la criminología, como la denominada *border criminology* (60) o la *green criminology* (61), en los que muchos autores asumen directamente este marco, aunque sea conceptualmente. Un sencillo análisis de las tendencias de uso de términos como *crime*, *criminology*, *social harm* y *zemiology*, tanto en inglés como en español, muestra que desde 2004, y frente a la tendencia estable de los que se refieren a la criminología y el delito, los términos daño social y zemiología, especialmente el primero, experimentaron un significativo crecimiento (62). Quizás lo que esto ponga de mani-

(57) PEMBERTON, S., *Harmful Societies. Understanding social Harm*, *op. cit.* p. 22.

(58) HILLYARD, P. y TOMBS, S., «From “Crime” to Social Harm?», *op. cit.*, p. 17.

(59) KOTZÉ, JUSTIN, «Criminology or Zemiology? Yes, please! On the Refusal of Choice Between False Alternatives», en BOUKLI, A. y Kotzé, J. (Eds.) *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 85-10; COPSON, L., «Beyond ‘Criminology vs. Zemiology’: Reconciling Crime with Social Harm», en Boukli, A. y Kotzé, J. (Eds.) *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 33-56.

(60) SOLIMAN, F., *Social Harm at the Border: The Case of Lampedusa*, Routledge, Londres, 2023.

(61) Véase, por todos, WHITE, R., *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective*, Routledge, Londres, 2013, p. 215.

(62) Más de 22.400 resultados en una búsqueda particular (llevada a cabo el 4 de enero de 2025 del término «social harm» en *Google Scholar* durante el periodo 2005-2024) constituyen un indicio relevante de la difusión del concepto de daño

fiesto es que el acierto de los proponentes al plantear una transformación de la disciplina estribaba en la declaración, más explícita que nunca gracias a la nueva etiqueta, de que había más objetos dignos de estudio que no eran abarcados por la idea de crimen. Tal vez acertaran en considerar innecesaria una definición clara de lo que es daño social para poner de manifiesto que fenómenos no delictivos como los impactos en los menores de las redes sociales, la destrucción del planeta, la inequidad en la distribución de recursos públicos, entre otros muchos, pueden y deben ser objeto de estudio por la criminología. También es cierto, y lo hemos visto, que la criminología, mucho antes de que apareciera esta etiqueta, se había ocupado de identificar y analizar comportamientos lesivos no considerados delictivos y de criticar la legislación por no hacerlo o por hacerlo de forma inadecuada. Pero una parte de la comunidad académica que integra la criminología no se sentía cómoda en una etiqueta vinculada a la idea de delito y de castigo por él, y las tradiciones de investigación se crean y transforman a partir del cambio de sus problemas de investigación. Y es cuestión de voluntad académica su elección y la configuración de las preguntas y las metodologías de investigación. Por eso, quizás tenga razón Vila Viñas cuando señala que lo de menos es la disyuntiva con la criminología (63), y debemos dejar que los académicos se llamen como consideren y centrarnos en lo importante: analizar si el enfoque del daño social aporta algo a la criminología.

Pues bien, a mi parecer, el éxito que el lenguaje del «daño social» ha tenido a la hora de ampliar los objetos de estudio de interés para la criminología plantea tres consideraciones especialmente relevantes que, estando íntimamente relacionadas entre sí, convendría analizar por separado. La primera es si la criminología, o aquellos integrados dentro de esta comunidad de investigación, debe abandonar el estudio

social. Aun así, y como era de esperar, más de 644.000 resultados surgen si se usa durante el mismo periodo el término «*crime*» y 933.000 de la palabra «*criminology*». Es claro que no puede hablarse de un cambio de etiqueta, aunque quizás sí de un importante uso de la idea de daño social dentro de la disciplina. Es llamativo que la búsqueda durante el mismo periodo del término «*zemiology*» dé lugar, en cambio, a 1.320 resultados de búsqueda de artículos y libros. Lo mismo sucede cuando la búsqueda se realiza en español: 13.600 resultados del término daño social frente a 67 del término *zemiología*. Esto puede ser tomado como un indicio de que el concepto de daño social ha tenido impacto en la disciplina, pero no tanto la propuesta de sustituir la criminología por la *zemiología*. Sin embargo, la explicación puede ser más sencilla: la mayoría de los trabajos que usan el término «daño social» son estudios sobre algún tipo de fenómeno o evento y no artículos de corte teórico que se ven obligados a plantear el nomen adecuado de la disciplina, y es lógico pensar que son muchos más este tipo de trabajos que los artículos que entran en cuestiones metateóricas.

(63) VILA-VIÑAS, D., *op. cit.*, p. 25.

del crimen y centrarse en el estudio de los daños sociales. La segunda es si, más allá de lo que se responda a la cuestión anterior, la idea de daño social, o de daño, debe ser relevante en, o incluso central para, la criminología. Y, en ese caso, y aquí entra la tercera, qué concepto de daño debiera adoptarse. En este apartado responderé a la primera y me ocuparé en el siguiente de las otras dos.

Es legítimo que una parte de la comunidad académica decida no dedicarse a estudiar el crimen y centrar sus esfuerzos académicos en otros ámbitos de estudio. De hecho, mientras formaban parte de la comunidad autodenominada criminología crítica ya lo hacían, centrarse en la justicia penal o en otros temas, dejando totalmente de lado el delito como objeto de estudio. Creo, en cambio, que los argumentos que aduce la zemiología para demandar a la comunidad un abandono del delito son endeble, en algún caso resultan incluso pueriles y, desde luego, no pueden resultar convincentes para el grueso de la comunidad. Lo razonaré respondiendo de forma consecutiva a los argumentos de los defensores de la zemiología para criticar la idea de crimen, comenzando por la primera: que el crimen no tiene una realidad ontológica. Es cierto que el crimen es, como tal, una construcción social, como lo es la idea de daño social o lo son los derechos humanos, y no por eso debe negarse su estudio. De hecho, como ha señalado Zedner, en la construcción académica de lo que es un delito la criminología tiene un rol muy importante que desempeñar, y renunciar a hacerlo implica dejar la tarea sólo en manos de otros (64). Es evidente que el proceso de definición de lo que debe ser un delito es normativo y que es la dogmática penal la que se ha ocupado de la misma durante mucho tiempo. Pero la criminología no sólo puede y debe participar críticamente en el debate normativo sobre cómo y por qué y con qué límites pueden construirse esas ficciones (en un sentido ontológico) que llamamos delito, sino que también puede y debe informar de las consecuencias reales y efectos de las conductas que van a ser criminalizadas o de las consecuencias y daños de la propia criminalización para que sean tenidos en cuenta desde una perspectiva normativa. Por tanto, y entramos en el segundo argumento, el crimen no es un mito. Es, en todo caso, un hecho institucional o un constructo social que alguien define como tal y es importante que la criminología participe en el debate de qué debe serlo y qué no. Taparse los ojos no hará que el crimen, tampoco que el daño, sean socialmente nombrados y construidos y desaparezcan. No saber afrontarlo o no saber cómo reducirlo o cómo construir un sistema social que responda mejor ante los daños que llamamos crímenes y aquellos otros que no, no nos debe-

(64) ZEDNER, L., «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», BOSWORTH, M. Y HOYLE, C. (Eds.), *What is Criminology?*, Oxford University Press, 2012.

ría llevar a dejarlo de lado sino a prestarle más atención. A mi parecer el hecho de que la criminología, especialmente la que se autodenomina radical o crítica, haya adoptado en sus estudios el enfoque del daño social y lo haya incorporado también a la propia idea de crimen mientras sigue, a su vez, estudiando el delito y la respuesta al mismo muestra lo difícil que va a ser que la comunidad abandone el estudio del delito; incluso aunque aceptara que éste es un término demasiado restrictivo. Y entre las razones de que esto sea así está que, frente a lo que señalan como tercera razón, muchos de los crímenes son lesivos, causan daños, y su «dañosidad» no siempre es menor (65). Es cierto que dentro de lo que formalmente es considerado delictivo hay comportamientos de escasa lesividad. De hecho, a nivel numérico o estadístico la gran mayoría de lo que formalmente es considerado delito puede tener escasa lesividad. Pero, si esto es así ¿no debe la criminología denunciarlo y estudiarlo? ¿No debe comparar la lesividad de la venta al por menor de drogas con los efectos lesivos que los cárteles producen en algunas comunidades o con los que la «guerra contra las drogas» causa también en otras comunidades? También es cierto, entrando en el argumento cuarto, que aquello que los sistemas legales consideran delito es, en ocasiones, mucho menos lesivo que daños graves causados por actores sociales poderosos. Pero ello, en todo caso, nos obliga a priorizar otros ámbitos de estudio más allá de lo que es delictivo, no a rechazar el estudio de aquello que sí es delictivo y sí es lesivo ni, tampoco, a dejar de analizar críticamente y a partir de estudios empíricos porque algunas de las conductas que podrían encuadrarse dentro de lo que se considera daño social y no son delictivas deberían pasar a serlo o debiera responderse a ellas con otros mecanismos de respuesta social más adecuados.

Los otros cuatro argumentos usados por la zemiología para defender el abandono del crimen se relacionan con el modo en que se construye el sistema de justicia penal. El primero se refiere a la construcción del sistema de responsabilidad penal, basado esencialmente en la idea de la autonomía individual y en la intención, que, según señalan, deja fuera otro tipo de culpabilidades morales y responsabilidades más colectivas y corporativas que podrían ser abarcadas mejor desde un enfoque distinto como el del daño (66). Se puede compartir el argumento de fondo de que los daños en sociedad no sólo son causados por actos intencionales o negligentes y pueden deberse a cadenas relacionales más complejas que no siempre pueden ser abarcadas por el

(65) En este sentido también, GREENFIELD, V. A. y PAOLI, L., *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

(66) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, *op. cit.*

sistema penal. Pero, como señala Zedner, esto no necesariamente implica abandonar la responsabilidad penal, sino que en todo caso obligaría a redefinirla para reconocer mejor la responsabilidad criminal de empresas, grupos y gobiernos: «cuando las bases morales del derecho penal son erróneas o están desfasadas, existe un fuerte argumento para su reforma, pero esto no justifica eliminar la categoría legal de crimen» (67). Además, añadiría yo, la zemiología debiera ser cauta con lo que desea. El sistema de responsabilidad penal está pensado precisamente para atribuir responsabilidad a partir de la consideración al otro como un ser moral y con todas las garantías para que sea hecho responsable exclusivamente de lo que le compete. Buscar relacionar daños con responsabilidades fuera de la estructura del derecho es enormemente peligroso y hacerlo fuera del derecho penal pero dentro de otros sistemas puede dar lugar a intervenciones menos garantistas y que causen aún más daño de lo que, ciertamente, causa el derecho penal cuando interviene. Este, por cierto, es el siguiente argumento, que la criminalización y el castigo causan daño (68). Esto es indiscutible, especialmente en algunos castigos penales. Lo que no se entiende es porqué la consecuencia de ello debe ser que no se estudie el delito. Y lo mismo sucede con la idea de que el control del crimen no es efectivo, que no consigue reducir el delito conforme a sus propios objetivos. ¿Cuál es la razón que llevaría, entonces, a dejar de estudiar el crimen? Más allá de la ausencia de ningún tipo de base empírica sería fuera de dos datos descontextualizados (69) que el crimen aumente o que la prisión sea un «fiasco» ¿en qué modo nos determina a dejar de investigar el delito? Quizás la explicación esté en los dos últimos argumentos, el de que el concepto delito otorga legitimidad a la expansión del sistema de control de la delincuencia y el de que sirve para mantener el *status quo* de las relaciones de poder. Es difícil contraargumentar creencias tan asentadas en la criminología crítica como estas. Es cierto, además, que parte de la investigación criminológica asume el uso del sistema penal para el control del delito sin entrar en la cuestión crítica de si hay otros instrumentos para ello o si es necesario tal uso y que, por tanto, puede ser utilizada por el poder económico e institucional para encontrar soluciones a sus planteamientos político-criminales (70). Pero esto no justifica dejar de estudiar el delito,

(67) ZEDNER, L., *op. cit.*, p. 274.

(68) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, *op. cit.*

(69) HILLYARD, P. y TOMBS, S., *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, *op. cit.*, p. 19.

(70) HUGHES, G., «Book Review: *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*», *op. cit.*, pp. 157-159.

sino que, en todo caso, obliga a hacerlo críticamente. Creo que la evidencia de que, en muchas ocasiones, estudiar la delincuencia no ayuda a evitar los daños profundos que ella causa, ni los que causa el sistema penal cuando actúa frente a la misma no nos debiera llevar a dejar de estudiar el delito sino a hacerlo mejor. Y puede parecer una respuesta demasiado genérica y simple, pero más lo es la propuesta de dejar de estudiar el delito, sus consecuencias y la respuesta al mismo.

Queda un aspecto de la primera cuestión que aún debe ser planteado. Si diéramos por buenos los argumentos que he defendido anteriormente de que no debe abandonarse el estudio del crimen aún podría reconocerse una parte de la propuesta de la zemiología, la de que es en el estudio de los daños sociales en lo que debemos concentrar nuestros esfuerzos. Algunos de los argumentos para defender este cambio son particularmente interesantes: que este enfoque permitiría reconocer la diversidad de daños que pueden afectar a las personas a lo largo de su ciclo de vida; que nos permitiría construir una idea de responsabilidad más allá de lo intencional e individual hacia lo colectivo y corporativo; y, finalmente, que priorizaría una política social en lugar de una justicia penal tradicionalmente controlada por los poderosos. Pues bien, es aquí donde creo que el enfoque del daño social dispone de mejores razones al poner el acento en lo que se nos queda fuera de foco al estudiar «sólo» el delito. Sin defender tan contundentemente un cambio de foco que sitúe el daño en primer plano y el crimen en un segundo lugar, sí que considero necesario que la criminología amplíe la mirada mucho más allá de aquello que es considerado formalmente delictivo e, incluso, de aquello que, conforme al entendimiento de nuestro sistema de responsabilidad penal, pudiera y debiera ser considerado como tal, para estudiar otros comportamientos individuales y colectivos tan lesivos o más que los considerados delictivos y que pueden y deben ser abordados por el sistema de justicia y el sistema social. Creo, sin embargo, que el enfoque del daño social no es el más adecuado para lograr tal propósito. Desarrollaré a continuación los argumentos del porqué.

3. Más allá de la zemiología. El daño en la criminología

El principal aporte del enfoque de la zemiología no es ni tal etiqueta sustitutiva de la criminología, ni la crítica al objeto delito, que apenas difiere de lo que ya sostenía la criminología crítica tradicional. Tampoco la definición de daño social, en construcción, pero aún demasiado lejos de un desarrollo comprensible que permita reconocer en acuerdo de comunidad lo que es y lo que no daño social. Su princi-

pal contribución ha sido la recuperación del concepto daño. La criminología siempre ha tenido en cuenta el daño, pero menos de lo que debería y siempre más implícita que explícitamente. Como vimos al principio de este capítulo, la idea de daño ya estaba en la obra de Sutherland cuando defiende la consideración como crimen de la delincuencia de cuello blanco por considerarla «lesiva para el estado» o «lesiva para la sociedad» (71). También está detrás de algunas de las reflexiones de los Schvendingers y de la obra de autores como Henry y Milanovic que son probablemente los que antes y de forma clara habían ligado la idea de daño a la de crimen (72). Por supuesto está detrás de las citadas obras de Muncie y de muchos otros criminólogos críticos que criticaban el concepto de crimen (73), y lo está en la aparición de la victimología, ya incluso en la obra de uno de sus pioneros, Mendelsohn, cuando señala la necesidad de expandir el estudio de «*specic injuries and damages from crime, to include the study of all forms of injury and damage: disasters, accidents, wars, discrimination and other events which cause injury*» (74). También, como veremos con más detenimiento en el apartado dedicado a la política criminal, la idea de daño ha sido utilizada puntualmente para tratar de construir índices de gravedad del delito que sean tomados en consideración por los responsables de las políticas públicas. Estaba implícita en los primeros intentos sistemáticos de medir la gravedad de los delitos ya se encuentran en la obra de Sellin y Wolfgang (75), pero ya lo está explícitamente en el Crime Harm Index de Sherman (76) o en el

(71) Vid. *infra*, p. 21. Recuerdan GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy*, Oxford University Press, 1.ª edición, 2022, p. 368, que, incluso antes, en 1932, Bonger había definido el crimen como «*a serious antisocial act to which the state reacts consciously by inflicting pain*». Aquí, la idea de daño parece encontrarse más en la consecuencia de la respuesta del sistema penal (tal y como siempre fue considerada la pena por el derecho penal desde muchas perspectivas, como un mal o un dolor causado a quien comete el crimen) que en la consecuencia del acto delictivo. BONGER, W. A., *Criminality and Economic Conditions*, The University of London Press, 1932.

(72) HENRY, S. y MILANOVIC, D., *Constitutive Criminology: Beyond Most Modernism*, Londres, 1996.

(73) Vid. *infra*, pp. 17-18.

(74) MENDELSON, B., *New Bio-Psycho-Social Horizons: Victimology. Lecture to the Roumanian Society of Psychiatry*, State Hospital «Coltzea», Bucharest, 1947 citado en el interesante trabajo de DUSSICH, J. P., The Evolution of International Victimology and Its Current Status in the World Today, *Revista de Victimología*, n.º 1, 2015, pp. 37-81.

(75) SELLIN, T. y WOLFGANG, M. E., *The Measurement of Delinquency*, Wiley, New York, 1964.

(76) SHERMAN, L. W., WILLIAM NEYROUD, P. Y NEYROUD, E., The Cambridge Crime Harm Index: Measuring total harm from crime based on sentencing guidelines., *Policing: A Journal of Policy and Practice* Vol. 10(3), 2016, pp. 17-183.

enfoque de Paoli y Greenfield que introducen, como elemento central de su actividad, la valoración de «los daños» del crimen (77).

Aun así, hay que reconocer que, al menos de momento, ninguno de estos enfoques ha logrado tanta popularidad en el ámbito académico como el del daño social. Podría decirse, por tanto, que la zemiología ha logrado no sólo que se use mucho más en la criminología una palabra, la de daño, que parecía monopolio del derecho penal, sino que se haga para reflexionar normativamente sobre conductas que no son criminalizadas y debieran serlo, para comparar la lesividad de distintos comportamientos, y, en definitiva, para hacer importantes reflexiones de política criminal desde la idea de daño. Y, pese a ello, no creo que el enfoque del daño social resulte el más adecuado para la tarea necesaria de vertebrar desde la idea de daño la política criminal, sumando para ello los esfuerzos de derecho penal y criminología. La razón es doble. Por un lado, por la vaguedad la idea de daño social que se sostiene, tanto para determinar lo que no podría ser considerado como daño como para identificar lo que sí. Es cierto que, como veremos, esto es algo que afecta también al propio concepto de daño tal y a cómo ha sido usado en la dogmática penal, y que se están haciendo esfuerzos recientes por acotar la idea de «social harm». Las definiciones más recientes de Pemberton y de Hillyard y Tombs dejan claro que los eventos naturales y, en general, aquellos que no procedan de ningún tipo de interacción humana, no entrarían dentro de la definición de daño (78); también queda claro que pueden ser considerados daños comportamientos tanto intencionales como no, y tanto individuales como colectivos, y tanto los que sean considerados por los sistemas penales como delictivos como aquellos que no. Pero más allá de ello, lo que es daño social queda en una nebulosa con el riesgo de relativismo y de instrumentalización de la idea que ello conlleva. Quizás, como señalan Greenfield y Paoli, tuvieran razón Hughes y Loader y Sparks al señalar que los zemiólogos «habían pasado demasiado tiempo criticando la criminología que no encontraron suficiente para describir qué lo reemplazaría» (79). Pero, además, si el enfoque de la

(77) GREENFIELD, V. A. y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *British Journal of Criminology*, Vol. 53(5), 2013, pp. 864-885. Sus autoras, de hecho, referencian el enfoque del daño social como uno de los que hacen mención a la idea de daño para definir las políticas públicas, aunque admiten que esta aproximación es claramente independiente de otras como las de Sherman y como la suya propia más enfocada a las políticas públicas de control del crimen. De hecho, dicen, con razón, que el enfoque «*offer little practical guidance*». Sobre esto volveré más adelante.

(78) PEMBERTON, S., *Harmful Societies: Understanding Social Harm*, *op. cit.*, p. 24.

(79) HUGHES, G., *op. cit.*

zemiología y del daño social resulta particularmente inadecuado para la tarea de situar en el centro del estudio de lo que hoy denominamos criminología el daño es por su rechazo directo a los desarrollos teóricos que durante décadas se han llevado a cabo desde la cercana disciplina del derecho penal para definir qué es y qué no un daño. Puede entenderse el desprecio directo de la zemiología a los desarrollos teóricos del derecho penal sobre el daño desde la explicación histórica de su rechazo y crítica al derecho penal y lo que representa. Pero desde el momento que se adopta un concepto que no puede más que tener una base normativa, desaprovechar las reflexiones y teorizaciones que se han hecho desde la filosofía del derecho penal, y generalmente con un espíritu crítico, sobre qué puede ser considerado daño y qué no, cuáles son las caracterizaciones principales del mismo, etc., aun dejando de lado aquellos desarrollos que más explícitamente ligan daño con intervención penal, resulta decepcionante y poco prometedor. Cualquier enfoque que parta de afirmar que tanto la criminología como la política criminal tienen que prestar atención a conductas que, independientemente de que estén o no consideradas como delito en el código penal, debieran ser consideradas un daño, está obligado a reflexionar desde, y por supuesto más allá, el trabajo de quienes desde el derecho penal desarrollaron una disciplina teniendo en cuenta la idea de daño.

Eso sí, el objetivo de resituar en el centro de la criminología la idea de daño no debería ser el de sustituir o hacer «ciencia penal» o para asumir desde un nuevo concepto, como el de criminología pública (80), todas las reflexiones normativas que suelen llevarse a cabo desde la dogmática penal. Se trataría, más bien de, tomando en cuenta las reflexiones que desde la filosofía del derecho penal se han llevado a cabo en torno a la legitimación de la intervención penal con la idea de daño y aportando las propias, desarrollar desde la criminología instrumentos que sirvan a la discusión respecto a cómo resolver,

(80) LOADER, I. y SPARKS, R., *op. cit.* El concepto de «criminología pública» ganó prominencia a finales de la década de 2000, inspirado en gran medida por el movimiento de la «sociología pública» promovido por Michael Burawoy. En su influyente obra, Burawoy abogaba por una sociología que interactuara directamente con diversos públicos más allá del ámbito académico, incluyendo formuladores de políticas, comunidades afectadas y el público en general. Este llamado resonó entre criminólogos que veían la necesidad de que su disciplina tuviera un impacto más tangible en la sociedad.

Autores como Ian Loader y Richard Sparks fueron pioneros en la adopción y adaptación de este enfoque al campo criminológico. En su libro, «*Public Criminology?*» (2010), exploraron cómo los criminólogos podrían y deberían participar en debates públicos sobre el crimen y la justicia penal, argumentando que la criminología tiene una responsabilidad cívica de contribuir al bienestar social. LOADER, I., y SPARKS, R., *Public Criminology?* Routledge, 1.ª Edición, 2010, pp. 208. No es el momento de entrar aquí en esta nueva etiqueta.

con y sin la ley penal, comportamientos que socialmente debiéramos considerar dañosos. Pero el papel principal de la criminología debe ser distinto al que tiene la ciencia eminentemente normativa que es el derecho penal. La criminología debe ocuparse de comprender, valorar, cuantificar y medir los daños para poder participar en la valoración de cuáles podrían merecer (qué) respuesta penal teniendo en cuenta, también, cuanto daño causan las políticas públicas frente a él. Esto incluye, por supuesto, la labor de identificar otros daños causados por comportamientos que no son considerados delictivos y participar en la valoración político criminal de si es necesaria una respuesta legislativa distinta, etc. Para esto, propuestas como la de Paoli y Greenfield que coloca el daño en el centro del análisis criminológico si bien abogando por una criminología que evalúe sistemáticamente las consecuencias de las conductas criminalizadas y establezca criterios más objetivos para su regulación y sanción, son mucho más funcionales y necesarias para el devenir de nuestra disciplina (81). Volveré sobre este enfoque cuando entre en el papel que tiene la criminología en la política criminal.

III. DAÑO Y DERECHO PENAL

No debería sorprender a nadie que la comunidad académica que se auto denomina «Ciencia del derecho penal» o «dogmática penal» no tenga, como sí lo hace parte de la comunidad criminológica, ningún problema en determinar como objeto esencial de su disciplina «el delito». El delito y la pena constituyen, dice Mir Puig, los objetos centrales del derecho penal, a los que se añade el binomio peligrosidad/medida de seguridad (82). Pero, frente a lo que podría creerse desde la disciplina vecina de la criminología cuando se defiende que ésta se separe del concepto legalista de delito para no subordinarse a la Ciencia penal y al poder que decide lo que es delito y lo que no, parte de la dogmática penal no considera que «el delito», como tal objeto central, deba tener una vinculación con lo legal o lo positivizado en la ley, sino que más bien considera que el centro de estudio de la dogmática lo debe constituir el delito en sentido material. Como ha señalado Silva Sánchez, la doctrina penalista «siem-

(81) En su artículo PAOLI, L. y GREENFIELD, V, «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 23, 2015, pp. 87-100.

(82) MIR PUIG, S., *op. cit.*

pre ha afirmado la necesidad de sostener un concepto supralegal (material) de delito, que permita adoptar una perspectiva crítica frente a las leyes vigentes» (83). Detrás de ello está la voluntad, no compartida por todas las posiciones de la dogmática penal (84), pero sí por la gran mayoría (85), de construir modelos de legitimación de las leyes penales. Y a lo que lleva es a la utilización, más allá del delito, de otras referencias materiales que permitan dar contenido a lo que puede ser considerado delictivo. Una de las principales es la idea de daño. Y donde es más evidente el uso del concepto de daño para la construcción material de lo que es un delito es en el derecho penal anglosajón. Sin embargo, la idea de daño también ha adquirido una importancia significativa en la filosofía moral cuando esta se relaciona con cuestiones relacionadas con lo legal cómo qué puede y debe ser castigado. Y, a su vez, siempre han estado presentes de forma implícita en la dogmática penal ideas cercanas al daño como el principio de ofensividad o lesividad; la idea de dañosidad social o el bien jurídico protegido y el propio daño, si bien con varios significados posibles distintos que conviene diferenciar. Para comprender qué pueden aportar todos estos desarrollos del concepto daño debemos comenzar por analizarlos por separado.

1. Delito y principio del daño en el derecho penal anglosajón

Fue Mill quien en *On Liberty* enuncia el *harm principle* o principio del daño, al expresar que «el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para prevenir el daño a otros. Su propio bien sea físico o moral, no es suficiente garantía». De esta forma no sólo se excluye, como esencialmente parece pretender Mill, la interferencia del estado en conductas que afectan solo al propio individuo (incluso si estas acciones son consideradas imprudentes o autodestructivas) sino que se establece una base de legitimación de

(83) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 29-30.

(84) JAKOBS, G., «¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», en Maier, J. B. y Córdoba, G. E. (Eds.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.

(85) ROXIN, C., «El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual», en Maier, J. B. y Córdoba, G. E. (Eds.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Adhoc, Buenos Aires, 2009, pp. 73 y ss.

la coerción estatal por medio del derecho penal (86). Y varios siglos después de aquella expresión, a excepción de la corriente denominada «moralismo legal» conforme a la cual la ley puede y debe intervenir para prohibir conductas moralmente incorrectas, aunque no causen daño directo a otros (87), y pese a la existencia de numerosas críticas de muy distinto tipo al «*harm principle*» (88), la mayoría de la doc-

(86) MILL, J. S., *On Liberty*, Createspace Independent Publishing, 2018, pp. 163, pp. 91 y ss. Como ha señalado PETERSEN, T. S., *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, vol. 134, Springer International Publishing, 2020 con el *harm principle* Mill describe una condición necesaria, pero no suficiente, para la intervención del Estado, en el sentido de que aunque podamos identificar tipos de conducta cuya criminalización evitaría la causa de daños, eso no significa que cada vez que el Estado pueda prevenir un daño (o el riesgo de daño) mediante la criminalización de una determinada conducta, entonces deba criminalizarse (o, de otro modo, ser objeto de interferencia por parte del Estado o del público), ya que la aplicación de la ley requerida para evitar el daño podría ser aún más perjudicial. MILL, J. S., *op. cit.*

(87) La idea central del moralismo legal de que el Estado tiene la autoridad para legislar contra comportamientos considerados moralmente incorrectos, independientemente de si estos causan daño directo a otras personas, fue defendida por Lord Patrick Devlin en la década de 1960 a partir del argumento de que la moralidad pública es esencial para la existencia de la sociedad, y permitir actos inmorales podría llevar a su desintegración; y dio lugar a un importante debate con HART a partir del denominado informe Wolfenden. Acerca de estas cuestiones y, también, acerca de las posiciones de autores más recientes de la filosofía del derecho penal anglosajón encardinados en esta corriente como Moore o Duff y el refuerzo de los valores comunitarios, véanse: MIRÓ LLINARES, F. «Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en Bacigalupo Saggese, S., Feijó Sánchez, B. J., Echano Basaldua, J. I. (Coords.) *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016 y MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas “ofensivas”». A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17(23), 2015, pp. 1-23.

(88) A lo largo del tiempo, el principio del daño ha sido objeto de múltiples críticas por parte de diversos autores que han cuestionado su validez como criterio absoluto para la criminalización. Además de la crítica de harcourt, sobre la que entraré más adelante, TADROS, V., *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, por ejemplo, ha señalado que basar la justificación del castigo únicamente en la prevención del daño ignora consideraciones fundamentales de justicia retributiva y responsabilidad individual. Otros autores, como AMBOS, K., *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm principles*, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9(2), 2015, pp. 301-329, han criticado que el daño no siempre es el mejor criterio para distinguir entre lo que debe ser prohibido y lo que no, especialmente en casos donde las normas sociales juegan un papel clave en la construcción de la criminalidad. En un muy interesante trabajo, EDWARDS, J. R., «*Harm principles*», *Legal Theory*, vol. 20(4), 2014, pp. 253-285, organiza estas y otras objeciones en cuatro categorías principales: en primer lugar, la objeción de subinclusión, según la cual el principio del daño deja fuera conductas que deberían ser criminalizadas porque, aunque no generan un daño directo e inmediato, sí comprometen valores esenciales de la socie-

dad; en segundo lugar, la objeción de los motivos incorrectos, que critica el hecho de que justificar la criminalización únicamente en la prevención del daño ignora otras razones legítimas, como la protección de la moral pública o la promoción de ciertos bienes sociales; en tercer lugar, la objeción del uso de las personas como medios, que sostiene que si la criminalización de una conducta se basa solo en evitar futuros daños, se podría terminar instrumentalizando a los individuos en aras de una finalidad colectiva, vulnerando principios fundamentales de autonomía y dignidad; y, finalmente, la objeción de sobreinclusión, que advierte sobre el peligro de utilizar el concepto de daño de manera demasiado amplia, lo que podría llevar a la penalización de conductas que en realidad no merecerían sanción penal. Frente a estas críticas, Edwards argumenta que no existe un único principio del daño, sino diversas formulaciones que pueden superar algunas de estas objeciones dependiendo de cómo se conceptualice el daño (llega a identificar hasta 24 variantes del principio). Antes de EDWARDS, TOMLIN, P., *Retributivists! The Harm principle is Not for You! Ethics*, vol. 124, n.º 2, 2014, pp. 272-298, había identificado cuatro posibles versiones del principio del daño: la de MILL, J., *op. cit.* que establece que el único motivo legítimo para criminalizar una conducta es la prevención del daño a terceros, sin considerar otros factores morales; una segunda que sostiene que el Estado solo puede criminalizar conductas que sean a la vez un daño y moralmente incorrectas precisamente porque causan daño o lo ponen en riesgo; la tercera, que establece que el daño es una condición necesaria pero no suficiente para criminalizar; y la cuarta versión, que considera que solo es legítimo criminalizar si hacerlo previene un daño de manera efectiva. Antes, sin embargo, TADROS, V., *op. cit.* había establecido dos versiones del *Harm principle*. 1) Es incorrecto criminalizar una conducta *v* si llevar a cabo *v* no causa ni implica un riesgo de daño; y, 2) Es incorrecto criminalizar una conducta *v* si la criminalización de *v* no previene un daño. Esta diferenciación ha dado lugar a la clasificación más exitosa de versiones del principio del daño, la de DUFF, R. A., y MARSHALL, S. E., «“Abstract Endangerment”, Two *Harm principles*, and Two Routes to Criminalisation», *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* Vol. 3(2), 2015 que finalmente identifican dos principios del daño distintos, el que podría denominarse principio de prevención del daño (*harm prevention principle*) y el principio de la conducta lesiva (*harmful conduct principle*), siendo el primero el de que una buena razón para criminalizar una conducta es que el hacerlo prevenga eficientemente un daño a otros, y el segundo el de que una buena razón para criminalizar una conducta es que sea lesiva para otros, que se acerca mucho más a la formulación tradicional. La diferencia entre ambos no es menor puesto que mientras que el principio de prevención del daño puede justificar la criminalización de conductas que no son intrínsecamente daños, pero cuya prohibición contribuye a la reducción de riesgos a nivel social, el otro proporciona un límite más claro y garantista sobre qué tipo de conductas pueden ser sancionadas penalmente. Lo importante, en todo caso, es que cada una de estas versiones, según EDWARDS, J., *op. cit.* podría de algún modo evitar las críticas: la versión instrumentalista del principio del daño podría responder a la objeción de subinclusión al permitir la criminalización de conductas que, aunque no causen daño inmediato, sí contribuyen a prevenir daños futuros, mientras que una versión más restringida y centrada en la lesión directa a intereses individuales podría responder a la objeción de sobreinclusión, limitando el derecho penal solo a aquellos casos en los que el perjuicio es real y tangible. Lo relevante, a mi parecer, es que, como señala EDWARDS, J., *op. cit.*, el problema no sería el principio del daño en sí, sino la falta de precisión en su aplicación, lo que ha permitido que tanto sus defensores como sus críticos lo utilicen de manera ambigua para justificar posturas opuestas en el debate sobre la criminalización EDWARDS, J. R. *ob. cit.*

trina anglosajona sigue situando de algún modo en la exigencia de un daño la condición de legitimidad fundamental de la intervención penal (89). Y ello, pese a la enorme dificultad que la doctrina penal anglosajona ha tenido para determinar qué se entiende por daño y a la evidente tendencia, a lo largo de los años, a que se fuera ampliando el concepto hasta irse desnaturalizando la exigencia (90).

En cuanto al concepto, Mill no proporcionaba una definición precisa de qué constituye daño. A lo largo de su obra parecía sugerir que el daño implica una afectación significativa a los intereses de una persona, especialmente en relación con sus derechos (91), pero lo único que proporcionaba era una especie de definición en negativo al afirmar que no toda molestia o impacto negativo constituye un daño en el sentido relevante para justificar la intervención estatal. El daño, por tanto, implicaba una lesión a intereses legítimos y permitiría la intervención del derecho penal, mientras que la ofensa, aquello que puede incomodar o desagradar a otros, no constituye base suficiente de legitimación. La primera y más importante definición «positiva» de daño la ofrece Feinberg cuando lo define como *un retroceso en los intereses de una persona respaldados por derechos* (92). Conforme a esta definición un daño tiene que ser una afectación real y tangible a los intereses fundamentales de una persona y los mismos deben estar protegidos, en el sentido de reconocidos dentro de la estructura legal (93). Esta conceptualización da cabida, según Feinberg, a los daños materiales, afectaciones tangibles y objetivamente medibles, como lesiones físicas o pérdidas económicas, y también a los inmateriales, afectaciones psicológicas o emocionales que pueden ser más difíciles de cuantificar, pero que pueden tener impacto significativo en

(89) Por todos, el clásico de GARDNER, J., y SHUTE, S., «The Wrongness of Rape», Horder, Jeremy (Ed.) *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, pp. 201-32.

(90) HARCOURT, B., «The Collapse of the Harm principle», *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 90(1), 1999, pp. 109 y ss.

(91) STANTON-IFE, J., «The Limits of Law», Zalta, E. N. (Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022.

(92) FEINBERG, J., *Harm to Others: Volume 1*, Oxford University Press, 1984, pp. 33 y ss.

(93) Sobre el solapamiento entre los dos sentidos de daño, el normativo y el no normativo, en Feinberg, que llevaría a la idea de que *«all wrongful conduct that sets back the interests of others violates their rights»*, véanse las interesantes reflexiones de HUSAK, D., *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, New York University Press, 2008, p. 71. Lo que está claro, en todo caso, es que el solapamiento no lleva a la consideración de que todo injusto moral es daño, sino que de que todo daño, para ser considerado como tal, debe ser un injusto moral.

la vida de una persona (94). Y Feinberg añade a la definición «en positivo» otra en negativo, al diferenciar los daños de las ofensas, experiencias desagradables o perturbadoras que una persona puede sufrir debido a las acciones de otros, pero que no necesariamente afectan intereses protegidos por derechos (95). Stanton-Ife identifica acertadamente cuatro elementos clave de esta definición: la identificabilidad o verificabilidad del daño, conforme a lo cual no basta con decir que algo «afecta a la sociedad» de manera abstracta, sino que debe haber un perjuicio real (96); el que debe implicar una pérdida significativa en intereses fundamentales, de modo que no cualquier molestia justifique la intervención; que el daño debe tener un agente responsable, de modo que los retrocesos de intereses no atribuibles a ningún agente no justificaría una prohibición penal; y finalmente que el daño esté dentro de la esfera de lo evitable por la regulación penal. Es evidente que esta definición de daño, de inspiración filosófica claramente liberal (97), liga el daño a los intereses de las personas lo que, sin embargo, no significa que no sea posible que se dañe un interés colectivo, sino que este sólo sea considerado daño en la medida en que tal interés sea esencial, a su vez, para la realización de las condiciones esenciales de

(94) FEINBERG, J., *op. cit.*

(95) Véase al respecto MIRO LLINARES, F., *La criminalización de conductas ofensivas*, *op. cit.*

(96) Esto lo explica muy bien Fletcher cuando señala que el daño es una manifestación concreta y física observable por todos: «se expresa en un cuerpo muerto, una cicatriz, un brazo roto, una casa totalmente quemada, un objeto roto, o las huellas de una violación».

(97) O, como aclara Fletcher, por el significado que tiene la idea de «liberal» en lo anglosajón, mejor «libertaria». FLETCHER, G. P., *The Grammar of Criminal Law*, *op. cit.*, p. 39. Añade algo importante el autor, y es que esta construcción liberal de la idea del daño suele ser adoptada por la tradición utilitaria que sostiene la idea del castigo como forma de protección de los intereses de la sociedad, pero es compatible también con enfoques paralelos de la tradición kantiana/hegeliana que sitúan la protección de la libertad humana como el valor primario de su teoría política. Esta conceptualización sobre el daño a la libertad de las víctimas se encuentra tanto en el ámbito neokantiano alemán, con Köhler como exponente principal, quien en su obra *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (1997) discute el daño a la libertad como un concepto alternativo al daño físico, concreto e irreversible KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, Múnich, 1997, pp. 40-41. En el ámbito anglosajón, Dan-Cohen ofrece una perspectiva similar en su trabajo «Basic Values and the Victim's State of Mind», donde analiza cómo las víctimas pueden experimentar un daño psicológico o emocional en lugar de un daño físico concreto, señalando que la coerción sobre la libertad puede ser igualmente perjudicial, aunque no irreversible. DAN-COHEN, MEIR, «Basic Values and the Victim's State of Mind», *The Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish*, *California Law Review* Vol. 88 (3), 2000, pp. 759-779.

vida de los individuos (98). Eso sí, Feinberg establecía este *harm principle* no como razón suficiente para la criminalización sino como razón inicial, y admitía que el *harm principle* requería después una teoría de los derechos morales y una teoría de la conducta contraria a derecho (o injusto), para complementar la limitación al legislador (99).

La definición de Feinberg ha sido la base desde la que la mayoría de la doctrina ha desarrollado el daño como criterio de legitimación de la intervención penal. Sin embargo, a partir de ahí surgieron tanto propuestas de reforma del concepto de daño como críticas al mismo. Definiciones de daño posteriores ha habido muchas (100), así como versiones correctoras del *harm principle*, pero considero especialmente significativas la versión del daño de Raz y la de Von Hirsch y Simester. Raz introduce una reinterpretación del daño vinculándolo con el concepto de bienestar y autonomía personal. A partir de la idea de autonomía personal Raz sostiene que una conducta es un daño cuando «*tiene un efecto perjudicial sobre el bienestar personal*» (101). Así, si una acción impide que alguien alcance un objetivo valioso se considera daño, incluso si no involucra una lesión directa o la violación de un derecho formal. A ello añade Raz que el estado no solo debe evitar que las personas se dañen entre sí, sino también permitir las condiciones favorables para el ejercicio de la autonomía. Frente a la visión más individual, y de daño esencialmente directo, de Feinberg, Raz defiende, pues, que el estado use la coerción frente a quienes impiden el acceso a otros a oportunidades moralmente

(98) Así lo dice el propio FEINBERG, J., *ob. cit.*, p. 63, lo cual, como señala acertadamente Rusca, constituye una de las diferencias significativas entre el principio del daño y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, puesto que si bien en el daño el menoscabo de los intereses públicos es considerado tal en cuanto sirvan a «a la calidad de vida de las personas», en la tradición continental europea, «existe cierta tendencia a sostener que un interés puede constituir un bien jurídico colectivo aunque su afectación no tenga ninguna repercusión en el bienestar de las personas». RUSCA, B., «En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño», *Política Criminal*, vol. 15(30), 2020, pp. 811-839.

(99) FEINBERG, J., *ob. cit.*, pp. 17 y ss. y 111 y ss. En este sentido una de las obras más interesantes que parte del principio del daño como un primer filtro pero que exige otros posteriores para que la criminalización resulte legítima es la de SCHÖNSCHECK, J., *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of Criminal Law*, Springer Science & Business Media, 1994.

(100) Una de las mejores suele ser olvidada y es la de FLETCHER quien, al contraponer las tres perspectivas de la naturaleza del crimen, la del deber moral, la del daño y la de la infracción de la norma, define el daño como «el impacto negativo irreversible en los intereses protegidos de otro, generalmente, otra persona». FLETCHER, G. P., *op. cit.*, p. 39.

(101) RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1988, p. 413.

valiosas (102). De este modo no sólo reconoce intereses que van más allá de lo individual, sino que restringe la idea «a la Feinberg» de que «sufrimos daño cuando nuestros intereses se ven afectados negativamente» (103) con el riesgo que ello supone de permitir la criminalización de gran parte de la inmoralidad convencional. Según Raz sólo sufriríamos un daño si debido a la privación de habilidades u oportunidades valiosas, nuestras perspectivas futuras se ven reducidas (104). Y esto también es sostenido por Simester y Von Hirsch a partir de la idea de que el daño no debe limitarse únicamente a la afectación de intereses protegidos por derechos individuales, sino que debe incluir la erosión de estructuras normativas que garantizan el ejercicio de esos derechos (105). Así, una acción puede ser criminalizada no solo porque causa un perjuicio tangible a una persona en particular, sino porque socava el orden normativo necesario para la autonomía y la seguridad de todos los ciudadanos. Para von Hirsch y Simester, pues, el daño puede adoptar formas más amplias, abarcando conductas con capacidad para afectar negativamente el tejido social y las condiciones necesarias para la igualdad de oportunidades y el ejercicio de la autonomía, aunque el perjuicio individual sea menos evidente (106). Obviamente esta ampliación tiene implicaciones importantes como son la aceptación de los daños colectivos o la criminalización de los llamados delitos de peligro abstracto. Mientras que Feinberg se mostraba escéptico ante la penalización de conductas que no causan un daño individual concreto, Von Hirsch y Simester defienden que algunos delitos pueden justificarse porque afectan a la sociedad en su conjunto, debilitando la confianza en el orden normativo o generando riesgos estructurales significativos (107).

Pese a tales intentos de concreción del *harm principle* el problema, para muchos autores, sigue estribando en la indeterminación de lo que puede ser considerado daño. Por citar dos de las críticas más significativas, Stanton-Ife critica la definición de daño de Feinberg, y también desarrollos posteriores como los de von Hirsch y Simester, por

(102) RAZ, J., *op. cit.*, p. 416. El propio FEINBERG criticó lo que consideró una ampliación excesiva del concepto de daño, en cuanto que si este podía incluir cualquier afectación negativa sobre el bienestar podría justificar una intervención estatal demasiado amplia. FEINBERG, J., *op. cit.*

(103) FEINBERG, J., *op. cit.*, pp. 35 y ss.

(104) GARDNER, J., *op. cit.*, p. 3; RAZ, J., *op. cit.*, pp. 413-414; SIMESTER, A. P., y VON HIRSCH, A., *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Bloomsbury Academic, 2014.

(105) SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, A., *op. cit.*, pp. 36-37.

(106) SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, A., *op. cit.*, p. 42.

(107) SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, A., *op. cit.*, p. 78.

«*dependen de valoraciones morales previas sobre qué intereses merecen ser protegidos por derechos.*» (108) Para el autor, al considerar Feinberg como daño legalmente relevante sólo a aquél que resulta de un injusto, esto es, de una conducta «moralmente indefendible» introduce un elemento moralista en la definición de daño, lo cual conlleva un riesgo de no distinción de su propuesta de la del moralismo legal (109). Un argumento similar es el sostenido por Harcourt, para quien la supuesta «neutralidad» del concepto de daño de Feinberg apenas esconde todo un conjunto de condicionamientos morales y políticos que, dependiendo del contexto normativo de cada sociedad, van dando forma a lo que es considerado daño (110). La demostración de que esto es así, señala Harcourt, es que el uso del *Principio de Daño* como criterio legal para la criminalización ha llevado a un expansionismo punitivo que contradice sus supuestos originales (111). Lejos de limitar la intervención estatal, el *principio del daño habría colapsado bajo el peso de su propio éxito* facilitando la ampliación de la criminalización bajo el pretexto de prevenir daños cada vez más abstractos al expandirse el concepto (112). Esto, además, ha llevado a una instrumentalización ideológica del principio que sólo ha llevado a ampliaciones de lo punitivo, de modo que desde posiciones ideológicas contradictorias se justifican regulaciones incompatibles entre sí bajo el exclusivo argumento del daño, y todo ello sin tener que debatir sobre cuestiones morales (113). Y esto podría tener, incluso, base empírica: en un interesantísimo trabajo Sood y Darley, señalan que, aunque el *harm principle* ha sido considerado un criterio objetivo para limitar el derecho penal, en la práctica su aplicación es maleable y depende de los prejuicios y valores morales preexistentes. Para probarlo realizaron cuatro estudios experimentales en los que presentaron a los participantes diferentes escenarios de transgresión moral sin daño aparente (como la profanación de símbolos nacionales o la desnudez pública) y midieron cómo evaluaban el daño en función de la exigencia de criminalización. Los resultados mostraron que el con-

(108) STANTON-IFE, J., ob. cit.

(109) STANTON-IFE, J., ob. cit.

(110) HARCOURT, B., *op. cit.* En un sentido similar ASHWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7.^a ed., Oxford University Press, 2013, p. 28 señalan que la definición de daño de Feinberg no resuelve la naturaleza abierta y moral de daño. La definición de daño de Feinberg como «*aquellos estados de interés perjudicado que son consecuencia de actos ilícitos u omisiones de otros*» no resuelve estas cuestiones más amplias FEINBERG, J., *op. cit.*

(111) HARCOURT, B., *op. cit.*

(112) HARCOURT, B., *op. cit.*, p. 115.

(113) HARCOURT, B., *op. cit.*, pp. 109 y ss.

cepto de daño no es tan objetivo ni universal como suele suponerse, que podía verse influenciado por las visiones morales y políticas y, que podía ser utilizado estratégicamente para legitimar la expansión del derecho penal (114). Esto, reconocían los autores, desafía la validez del *harm principle* como un criterio fiable para la criminalización, ya que su aplicación está condicionada por factores externos como la ideología, las normas sociales y los valores morales dominantes. Pero esto no lleva a los autores a sostener un abandono del principio, sino a constatar la necesidad de desarrollar mecanismos que garanticen una evaluación más objetiva del daño en el ámbito jurídico penal (115).

Porque sería un error desacreditar el principio del daño simplemente porque los legisladores lo invoquen para justificar leyes defectuosas. Al igual que se ha dicho con respecto al bien jurídico cuando no ha ejercido su función crítica, la existencia de normas penales mal diseñadas no implica que el *harm principle* sea erróneo en sí mismo, sino que también puede suponer que sus principios hayan sido malinterpretados o aplicados de manera inadecuada (116). Como señala Edwards (117), esto ha sido aducido por distintos autores quienes han mostrado cómo el legislador comete errores como el error de criminalizar conductas sin considerar su contexto social (118), el de ignorar la relevancia de la tolerancia para fomentar la deliberación y la exposición a lo diverso (119), o directamente el error que supone obviar el daño que las propias políticas punitivas pueden causar, como ocurre con la criminalización de conductas que afectan principalmente a comunidades marginadas (120). Que los legisladores cometan estos errores no invalidaría el principio del daño, sino que reforzaría la necesidad de aplicarlo correctamente como barrera contra la criminalización injustificada (121). Pero para demostrar que la criminaliza-

(114) SOOD, A. M., y DARLEY, J. M., «*The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals*», *California Law Review* Vol. 100(5), 2012, pp. 1313-1358.

(115) SOOD, A. M., y DARLEY, J. M., *op. cit.*

(116) KAHLO, M., «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007, pp. 53-68.

(117) EDWARDS, J. R., *op. cit.*

(118) RAZ, J., *op. cit.*; GARDNER, J., *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007.

(119) BRINK, D. O., *Mill's Progressive Principles*, Oxford University Press, 2013; MILL, J. S., *op. cit.*

(120) GREEN, P, y WARD, T., *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. Pluto Press, 2004.

(121) Así, y siguiendo a Jareborg, el problema no radica en el principio del daño en sí, sino en su distorsión dentro de un derecho penal ofensivo que lo instru-

ción de una conducta es necesaria y proporcional para prevenir un daño real parece evidente que necesitamos una mejor concreción de lo que es daño.

2. La construcción del daño en la filosofía moral y sus problemas

Acabamos de ver, y ha argumentado recientemente Folland, que el problema no sería tanto el *Harm principle* como la dificultad de encontrar una teoría del daño que pueda sostenerlo de manera coherente y efectiva (122) y que pueda, incluso, operativizarlo efectivamente para la toma de decisiones de lo que puede y no puede ser criminalizado. Pues bien, aunque el concepto de daño tiene sus orígenes en la filosofía del derecho, es en el ámbito moral donde ha encontrado un desarrollo más robusto y detallado en las últimas décadas. Es lógico que sea así. Como ha señalado MacCormick, el de daño es en sí mismo un concepto cargado de moral (123). Es en ese contexto donde más amplios, y probablemente mejores, esfuerzos se están haciendo para encontrar conceptualizaciones adecuadas y potencialmente operativas que permitan definir cuándo una acción o evento perjudica a una persona (o a un colectivo) y puede considerarse un daño. Aunque no es el objetivo aquí realizar un análisis detallado de todas o de la mayoría de ellas, sí considero necesario, de cara a lo que se sostendrá posteriormente respecto al potencial impacto del uso del concepto de daño en la política criminal, plasmar algunos de los posi-

mentaliza para justificar la penalización de riesgos abstractos o de actos sin una afectación concreta a bienes jurídicos. JAREBORG, N., «What kind of criminal law do we want?», Snare, A. (Ed.), *Beware of punishment: On the utility and futility of criminal law*, Pax Forlag, 1995, p. 17 y ss. Jareborg defiende que el principio del daño, lejos de ser un mecanismo expansivo, es una garantía que limita la intervención penal a aquellos casos donde se demuestre un perjuicio real e individualizado, evitando así el uso del derecho penal como herramienta de control social o de gestión de riesgos JAREBORG, N., *op. cit.*, pp. 319-20. Su perspectiva permite rescatar el principio del daño como un criterio normativo que restringe el poder punitivo del Estado, en lugar de convertirlo en una excusa para ampliar la represión bajo pretextos preventivos o simbólicos. JAREBORG, N., *op. cit.*, p. 35.

(122) FOLLAND, A., «The *Harm principle* and the Nature of Harm», *Utilitas* Vol. 34(2), 2022, pp. 139-153.

(123) MACCORMICK, N. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford University Press, 1982. Haciendo referencia a esta cita de MacCormick añaden Ashworth y Horder que, al definir el daño en términos de violación de los intereses legítimos de las personas, «debemos mantenernos conscientes de la naturaleza moral, cultural y política de los intereses reconocidos en un sistema particular». ASHWORTH, A. y HORDER, J., *op. cit.*, p. 28.

cionamientos principales de la filosofía moral y lo que se ha objetado a los mismos para poder observar en qué se centra el debate.

Algunas de estas teorías u operativizaciones del concepto de daño son: la teoría comparativa temporal, que sostiene que un evento daña a una persona si la deja en una situación peor en comparación con su estado anterior al evento; la teoría comparativa del género humano que propone que un evento daña a una persona si la deja en una situación peor que el nivel normal de bienestar de la humanidad; o la, quizás más exitosa que las anteriores, la teoría comparativa contrafactual que establece que un evento daña a una persona si, y solo si, la persona está peor de lo que habría estado si el evento no hubiera ocurrido (124). Y hay otras muchas propuestas de conceptualización de daño que huyen de «lo individual» y entienden este como «cualquier acción que fragilice la capacidad de los sistemas biológicos y sociales para sobrevivir y adaptarse». Esta es la posición de Gibney y Wyatt para quienes el daño no es solo un perjuicio directo a un individuo, sino cualquier impacto negativo que comprometa la sostenibilidad y resiliencia de la vida en su conjunto, ya sea a nivel ecológico, social o evolutivo (125).

Lo cierto es que todos estos marcos para comprender y evaluar la existencia de un daño han recibido numerosas críticas centradas, esencialmente, en su capacidad operativa (126). Hasta el punto de que algunos autores usan el apelativo «Frankenstein» para referirse a lo que consideran un concepto fundamentalmente defectuoso y que debiera ser eliminado del análisis filosófico y moral, ya que todas las teorías existentes

(124) Es decir, se realiza una comparación contrafactual entre el estado actual de la persona y el estado en el que estaría en ausencia del KLOCKSIEG, J., «A Defense of the Counterfactual Comparative Account of Harm», *American Philosophical Quarterly* Vol. 49(4), 2012, pp. 285-300.

(125) Fundamentan esta postura en principios de biología y ecología, sosteniendo que la estabilidad de los sistemas vivos es el criterio objetivo que debe guiar las regulaciones jurídicas y morales, eliminando así la arbitrariedad en la aplicación del Principio del Daño. Esta redefinición permitiría una evaluación más científica del daño, otorgando prioridad a la preservación de la vida y la continuidad evolutiva, lo que, según los autores, proporcionaría una base normativa más sólida y universal para la justicia. Más allá de la fundamentación de esta idea de daño y si se diferencia mucho o poco del moralismo legal lo que es evidente es la dificultad que supondría operativizar una conceptualización como esa. GIBNEY, E. D., y WYATT, T., 2021. «Rebuilding the *Harm principle*: Using an Evolutionary Perspective to Provide a New Foundation for Justice», Davies, P., Leighton, P. y Wyatt, T. (Eds.) *The Palgrave Handbook of Social Harm*, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 349-76.

(126) Véase, por ejemplo, HOLTUG, N., «The *Harm principle*», *Ethical Theory and Moral Practice* Vol. 5(4), 2002, pp. 357-389; JONAS, M., «Assessing Baselines for Identifying Harm: Tricky Cases and Childhood», *Res Publica*, vol. 22, 2016; PETERSEN, T. S., «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the *Harm principle*», *Res Publica*, vol. 20(2), 2014, pp. 199-214.

para definirlo presentan problemas insalvables. Así lo sostiene Bradley (127), quien realiza una crítica a las formulaciones predominantes del daño mostrando que cada una de ellas falla en proporcionar una definición coherente, consistente y aplicable a los problemas morales y jurídicos en los que se pretende utilizar (128). Al carecer, dice Bradley, de un núcleo conceptual sólido y estable, la idea de daño se convierte en una herramienta filosófica imprecisa e inadecuada para fundamentar juicios normativos sobre la permisibilidad de ciertas acciones y la intervención estatal en la vida de los individuos y, por ello, debería abandonarse y buscarse otros criterios para fundamentar las normas morales y jurídicas (129). Creo, sin embargo, que tienen razón quienes argumentan que la debilidad de ciertas teorías del daño ni implica la invalidez del *harm principle* en sí mismo, ni debe llevar irremediablemente a renunciar al desarrollo de la idea de daño. Lo único que confirma es simplemente la necesidad de continuar refinando el concepto de daño que lo sustenta.

En dos trabajos recientes de enorme interés, Folland critica ese escepticismo extremo sobre el daño de Bradley y otros, calificándolo como una postura innecesariamente radical, ya que las dificultades conceptuales que enfrenta el daño podrían resolverse sin necesidad de abandonar un concepto que sigue desempeñando un papel crucial en nuestras prácticas normativas. Lo sostiene sobre tres argumentos fundamentales. El primero es que la indefinición o el desacuerdo filosófico sobre un concepto no implican inutilidad. Señala Folland, respecto al

(127) BRADLEY, B., «Doing Away with Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 85, n.º 2, 2012, pp. 390-412.

(128) Bradley examina las principales concepciones del daño en la literatura filosófica contemporánea, la Teoría Comparativa Contrafactual (CCA), la Teoría Comparativa Temporal (TCA) y la Teoría Comparativa del Género Humano (MCA). De la primera señala que presenta problemas en casos de primacías anteriores y de omisiones, al permitir que cualquier reducción en el bienestar pudiera ser clasificada como un daño; de la segunda, que ignora los daños que consisten en impedir mejoras futuras, ya que solo se enfoca en cambios negativos desde un estado anterior; y la tercera, porque excluye casos en los que una persona sufre una pérdida importante, pero sigue estando por encima del nivel medio de bienestar humano. BRADLEY, B., *op. cit.*

(129) En particular propone BRADLEY, B., *op. cit.* conceptos como el de intereses legítimos o derechos fundamentales, que, a su parecer, podrían proporcionar una base más estable y objetiva para la toma de decisiones normativas sin depender de una noción de daño que es fundamentalmente ambigua y problemática. No es el objetivo de este trabajo discutir con el autor, pero podría ponerse el ejemplo del «bien jurídico protegido» como potencial sustituto para el ámbito anglosajón del «*harm principle*» para ver que los problemas de indefinición y la categorización de concepto Frankenstein podría aplicarse de igual modo a otros conceptos. Véase MIRÓ LLINARES, F., «Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal», González Cussac, J. L. (Dir.) y León Alapont, J. (Ed.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 599-620.

daño, que otras áreas de la filosofía moral han operado con conceptos de daño que no han sido definidos de manera completamente precisa y, sin embargo, han seguido desempeñando un papel normativo crucial (130); y, añade, esto también sucede con otros conceptos de la filosofía moral como el de justicia, abordado de manera diferente por Rawls, Nozick, o Sen, sin que ello implique que debamos eliminar la noción de justicia del análisis filosófico. El segundo argumento de Folland es que, a pesar de la falta de consenso teórico, existe un núcleo de casos en los que todos estamos de acuerdo en que se ha producido un daño, lo que sugiere que el concepto tiene una base estable y útil (131). Y, como tercer argumento, Folland señala que la alternativa al *harm principle* sería un moralismo legal arbitrario que justificaría la criminalización de conductas basándose en criterios vagos y potencialmente abusivos.

Lo interesante de estos argumentos, y los que los hace poderosos a mi parecer, es que no se apoyan en la existencia de una teoría perfecta del daño, sino en que la alternativa sea peor con la ausencia de cualquier referencia para la limitación de la intervención penal. Pero lo que ponen de manifiesto, sobre todo, es la potencial utilidad práctica de una idea de daño fuerte y operativizada para garantizar la protección de las libertades individuales frente a posibles excesos de regulación estatal. La idea o plasmación de daño que necesita una teoría de la criminalización que lo incorpore como exigencia no es uno que se solape con la idea de injusto, ni uno que de cabida a cualquier idea moral, sino aquella que requiera argumentos de legitimización que haya que superar para poder decir que una conducta sí es dañosa. Antes de ello es momento de ver qué ha sucedido en el derecho penal continental, donde no hay principio del daño explícito como tal, pero esta figura no ha dejado de estar presente en la discusión dogmática.

3. Bien jurídico, ofensividad, dañosidad social y daño material. El daño en la dogmática penal continental

Puede decirse que en el derecho penal continental no existe el principio del daño. Pero es más afinado afirmar que, si bien la dogmática penal de influencia alemana no lo formula expresamente como principio, como si lo hace gran parte de la anglosajona, lo hace tácitamente cuando además de formular el principio de exclusiva protec-

(130) DE FINE LICHT, K. y FOLLAND, A., «Defining ‘Social Sustainability’: Towards a Sustainable Solution to the Conceptual Confusion», *Etikk i praksis – Nordic Journal of Applied Ethics*, Vol. 13, n.º 2, 2019, pp. 21-39.

(131) FOLLAND, A., *op. cit.*, pp. 139-153.

ción de bienes jurídicos le otorga a éste, para la legitimidad de la intervención penal, un contenido material, o exigencia de lesividad, real (132). Con esto me sumo a Turienzo Fernández cuando señala que daño y bien jurídico no son en realidad «construcciones teóricas antagónicas sino perfectamente complementarias por tratarse de dos caras de una misma moneda» (133). Explicaré porqué esto es así a partir de una revisión sucinta del papel que la dogmática penal ha atribuido a

(132) Sobre los significados y alcance de este principio véase RUDOLPHI, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal*, Año IV Vol. 5(8), 1975, pp. 152 y ss.

(133) TURIENZO FERNÁNDEZ, A., «El daño social como consecuencia del delito y su importancia político-criminal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2022. Con esto no estoy diciendo que *Harm principle* y principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sean exactamente lo mismo, ni siquiera que sea, usando los términos de PERSAK, un posible «continental counterpart» del bien jurídico. Aunque sobre ello volveré más adelante, lo que sostengo es que un entendimiento material de la exigencia de la exclusiva protección de bienes jurídicos supondría una exigencia de afectación real a un interés digno de protección similar a la que supone la exigencia del *harm principle*. Sobre la posibilidad de trasladar el *harm principle* al derecho penal continental el trabajo más completo hasta la fecha, aunque no comparta todas sus apreciaciones, es el de PERSAK, N., *Criminalising Harmful Conduct: The Harm principle, its Limits and Continental Counterparts*, Springer, 2007. Son interesantes también los aportes de VON HIRSCH, A., «El concepto de bien jurídico y el «principio del daño», Hefendehl, R., Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.), *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pp. 37-52. y SEHER, G., 2007. «La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico», Hefendehl, R., Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.) *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016, pp. 69 y ss. En esa misma obra colectiva también se encuentra un interesante trabajo de Seelman donde se plantea la comparación entre ambos para optar, en cambio, por el modelo del reconocimiento, SEELMANN, K., «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena, en Hefendehl, R., Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.) *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016, p. 373; y el trabajo de KAHLO, M., *op. cit.*, pp. 53 y ss, donde hace una, en mi opinión, muy simplista interpretación del *harm principle* hasta caricaturizarlo identificándolo con la visión más antigua del utilitarismo de Mill, y todo ello para lograr declarar como superior, en una supuesta competencia carente de sentido, al principio alemán de exclusiva protección de bienes jurídicos. MILL, J. S., *op. cit.*, pp. 65 y ss. Un análisis mucho más interesante de la relación entre *harm principle* y bien jurídico se lleva a cabo en ese mismo trabajo en el informe sobre las discusiones de la primera sesión, con consideraciones interesantes de WOHLERS, AMELUNG, KLESXCEWSKI Y VON HIRSCH, entre otros. Hefendehl, R. (coord.), Alcácer Guirao, Rafael, M. L., María E Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Eds.), *La Teoría Del Bien Jurídico: ¿Fundamento De Legitimación Del Derecho Penal O Juego De Abalorios Dogmático?*, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2.ª Edición, 2016.

términos como ofensividad, dañosidad social y el propio «daño», y cómo todo ello se relaciona con el contenido de la exigencia de la protección de bienes jurídicos.

Quizás la única expresión continental que pudiera considerarse si no análoga sí similar al *harm principle* sea el principio de lesividad u ofensividad, que Donini señala como «el elemento más original y característico de la orientación constitucional italiana hacia el derecho penal» (134) y Fornasari como «un producto típico de la ciencia penal italiana» (135). En realidad, la exigencia de lesividad, recuerda Ferrajoli con razón, surge ya en Aristóteles y Epicuro y es denominado común a toda la cultura penal de la ilustración, desde Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham Pagano y Romagnosi, que viene a demandar que la necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, recogido en el axioma «*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*» (136). No se trata, pues, de un mero principio programático sino de un vínculo normativo de primera jerarquía que exige al legislador construir tipos penales sólo para prohibir conductas idóneas para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de relieve constitucional. En este sentido el principio de ofensividad constituye un límite estructural al poder punitivo del Estado, una exigencia de racionalidad y proporcionalidad en la legislación penal, que impide la criminalización de conductas que no generen un daño verificable. De ahí que algunas de las exigencias claves para la validez de la intervención penal parezcan similares a las del principio del daño anglosajón: que la criminalización se base en un daño real y verificable, y no en meras conjeturas o peligros hipotéticos; que no se pueda sancionar únicamente la desobediencia a las reglas, sino que debe proteger intereses concretos; que el daño no pueda considerarse algo meramente simbólico o moral o que sólo se puedan criminalizar los delitos de peligro abstracto en los que se constate algún riesgo de daño efectivo (137). Así, y de modo similar a lo que se deriva del *harm principle*, los modos de ser, las manifestaciones de disidencia, las intenciones criminales no concretadas en actos no pueden constituir un delito por mor

(134) DONINI, M., «La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método: Raíces nacionales y desarrollos supranacionales», *Nuevo Foro Penal*, vol. 7(77), 2011, pp. 43-83.

(135) FORNASARI, G., «Viejas conquistas y nuevas fronteras del principio de ofensividad en la experiencia penalista italiana», *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 73, 2018, Article 73.

(136) FERRAJOLI, L. 2012. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trota Editorial, 10.ª ed, 2018, pp. 100-114.

(137) DONINI, M., *op. cit.*

del principio de ofensividad (138). El alcance de este principio, en todo caso, es para sus defensores mayor que el del daño: aunque ambos principios buscan limitar el alcance del derecho penal, no solo restringe la intervención penal por el daño real, sino que restringe más claramente el poder legislativo al preocuparse por la proporcionalidad y la constitucionalidad de la intervención penal (139).

La dogmática continental también utiliza el término daño fuera del principio de ofensividad. Lo hace cuando analiza el resultado de daño (también puede ser de peligro) que causa el delito al tratar la cuestión del desvalor de resultado en la parte general. También, y aquí nos interesa más, usa el término en relación con la fundamentación de la legitimidad penal ante la conducta delictiva cuando se refiere a la cuestión de la dañosidad social. El uso que se hace de este término y de la idea de daño que hay detrás puede incluir visiones del derecho y de la legitimidad de la intervención penal muy diferentes entre sí. Esto es porque el significado del término daño en la dogmática penal varía según el adjetivo que lo acompañe, hasta el punto de cambiar completamente el sentido del propio sustantivo. Como ha especificado con acierto Silva Sánchez, la doctrina continental dominante «contempla el delito ante todo como la conducta causante de un daño, de la lesión de un bien», pero esto tiene, según el autor, tres sentidos o dimensiones posibles: a) el daño personal material o inmaterial que puede haber sufrido por la víctima; b) el daño psicológico-social que puede causar el crimen en el conjunto de los ciudadanos en forma de inseguridad y; c) el daño ideal o simbólico que el delito produce sobre el derecho al negarlo mediante la conducta infractora del delincuente (140). De esta forma, dice Silva Sánchez, «los delitos producen siempre un daño ideal; casi siempre –esto es, en la medida en que sean conocidos– un daño psicológico-social; y muy frecuentemente, asimismo, un daño material» y añade que comprender las tres dimensiones solventaría dificultades explicativas en materia de proporcionalidad de la reacción jurídico penal (141). Aunque sobre estas tres dimensiones volveré más tarde cuando analice la cuestión del daño desde la política criminal, lo que sí es importante resaltar ahora es que no es lo mismo, de cara a justificar la legitimidad de la intervención penal, exigir un daño en el

(138) FORNASARI, G., *op. cit.*

(139) DONINI, M., *op. cit.* Argumenta Donini que el principio de ofensividad es más rígido y garantista que el *harm principle* anglosajón, ya que no solo exige la presencia de un daño real, sino que también limita la capacidad del legislador para criminalizar conductas arbitrariamente. Creo que todo depende de cómo se materialice, nunca mejor dicho, el principio de ofensividad y qué concepto de daño se utilice.

(140) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Tiempos de Derecho Penal op. cit.*, pp. 29 y ss.

(141) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Tiempos de Derecho Penal, op. cit.*, p. 30.

sentido de daño real, bien sea en la dimensión física o en la psicológico-intelectual, causado a una persona o incluso a una colectividad (siempre que sea medible e identificable como tal), que podría ser cercano a la idea del retroceso en los intereses de una persona del *harm principle* (142); que hacerlo, en el sentido puramente ideal de la contravención de los valores o normas ético sociales de la comunidad concretadas en sus normas penales. Sin negar que la dimensión de negación de la norma sea importante para el derecho penal, creo que sólo lo primero debe ser llamado daño o, por lo menos, ser considerado equivalente a aquello que en el ámbito anglosajón se le denomina *harm* y no un mero «*wrongdoing*», resulte susceptible o no de ser criminalizado. Veamos porqué.

En la dogmática continental se ha usado la idea de la dañosidad social del delito para construir la argumentación de la legitimidad de la intervención penal. Pero los criterios que se usan para determinar tal «dañosidad social» son muy diferentes entre sí. Así, cuando, tal y como sostiene un gran parte de la dogmática penal continental, se defiende el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la dañosidad social viene definida por la lesión (o peligro) que el delito causa a los intereses fundamentales que afectan a las condiciones materiales del ser humano para la vida en sociedad (143). Aquí la idea de dañosidad social se acerca significativamente a la idea de daño, en el sentido que anteriormente señalaba con Turienzo Fernández, y que con éxito explicita Truccone, cuando señala que «afirmar que un bien jurídico ha sido lesionado es aproximadamente equivalente a afirmar que alguien está sufriendo un daño» (144). Este es, a mi parecer, y

(142) Quien desde la dogmática anglosajona más claramente ha percibido este doble sentido de la idea de daño es Fletcher, quien al contraponer la visión del daño a las del deber moral y de la infracción de normas legales, y definirlo como el impacto en los intereses de otro, generalmente de otra persona, añade que puede hablarse de daño a «los intereses del Estado, el sistema legal, el ámbito divino o, en realidad, prácticamente a cualquier persona o cosa, pero es el daño a las personas lo que más atrae a los defensores de este enfoque». FLETCHER, G. P., *op. cit.*, p. 39.

(143) RUDOLPHI, H. J., *op. cit.*, p. 329, citado por Zugaldía Espinar, J. M. Sobre cómo principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio del daño se funden en las argumentaciones de países con una tradición mixta puede verse la atinada argumentación sobre los principios de criminalización en las reformas penales en Finlandia de LAHTI, R., «Redefining the area of criminal behavior: offences against the person», en LAHTI, R., *Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice: Nordic Essays on Criminal Law, Criminology and Criminal Policy 1972-2020*, Helsinki, 2021, p. 74. Sobre la relación entre principio del daño y principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, véanse los trabajos citados infra.

(144) TRUCCONE BORGOGNO, S., «A concept of harm and its consequences for Criminal law's general part», *Política criminal*, 2017, vol. 12, pp. 1184-1210.

como argumentaré después, el significado de daño más puro y esencialmente relacionado con la idea de delito (aunque no el único). Hay otros sentidos de lo que se ha denominado dañosidad social para los que, a mi parecer, es más que discutible el uso del término «daño». Cuando desde otras visiones de la dogmática continental se señala que «se afirma la dañosidad social de un hecho cuando entra en contradicción con las normas ético-sociales fundamentales de la comunidad conculcando las convicciones culturales y el orden impuesto por el grupo social», hablamos más bien de un «*wrongdoing*» y no necesariamente de un daño (aunque puede serlo). La razón es que aquí no hay contenido material lesivo exigido a la conducta más allá de la contravención de lo establecido en la norma, por lo que si se acepta que eso es un daño, la confusión entre daño e injusto es absoluta. Finalmente, cuando desde el funcionalismo se dice que la dañosidad social de un hecho vendría determinada por «la defraudación de las expectativas que el grupo tiene respecto del comportamiento de los integrantes de este» también nos acercamos más a la idea de injusto moral que a la de daño. Es cierto, en todo caso, y de acuerdo con lo que sostiene Miró Llinares en algunos trabajos (145), que el delito no es solo un atentado contra un individuo, sino que también rompe la confianza social en el cumplimiento de las normas jurídicas, generando como dice Turienzo Fernández, una sensación de inseguridad colectiva que puede alterar el comportamiento de la ciudadanía. Esta dimensión social, que podría incluso ser evaluada y medida, puede ser considerada un daño siempre que su constatación requiera algo más que la consideración normativa de que se ha llevado a cabo la contravención. Para que pudiéramos hablar de daño debe exigirse, por tanto, la constatación de la presencia de esos efectos psicológico-sociales de miedo, inseguridad o insatisfacción colectiva de algún modo verificables y no sólo de su presunción ideal por no realizar lo que alguien considera esperable. Es en ese caso en el que podríamos hablar de daño social (146). Pues, como con acierto ha señalado Juárez Tavares cuando profundiza sobre la relación entre injusto y daño, la exigencia de este último supone que, para afirmar la necesidad y, por tanto, la legitimidad de la criminalización, comprobemos no sólo el daño en el

(145) MIRÓ LLINARES, F., *op. cit.*, pp. 1-23. y MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante “el paso empírico” del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 27, 2017, p. 6.

(146) Si bien coincido de nuevo con Turienzo Fernández que este no puede equipararse en importancia con la afectación tangible y verificable de bienes jurídicos individuales, con el daño personal material que supone el núcleo de la injusticia delictiva y en el que debe centrarse prioritariamente el derecho penal. TURIENZO FERNÁNDEZ, A., *op. cit.*

sentido de infracción, sino en el sentido de «lesión» más allá de lo sistémico, de causación efectiva de «un daño individual y social de cierta gravedad» (147). Y ello, como veremos, va a exigir una tarea que va más allá de la teorización normativa.

Para la mayoría de la dogmática continental el derecho penal debe intervenir para la exclusiva protección de bienes jurídicos (148). Otros autores sostenemos, además, que esta exigencia puede ser un paso inicial, pero es, generalmente, insuficiente (también que en ocasiones puede ser excepcionada (149)) para restringir el poder punitivo y que para ello debe atenderse a la lesividad material de la conducta que se quiere sancionar y no sólo a la naturaleza del interés que se quiere proteger. El concepto y la exigencia de daño puede constituir, por tanto, no sólo el reverso de la idea de interés protegido que legitimaría la intervención del derecho penal sino el contenido de este. Ello, sin embargo, exige superar la restrictiva visión ideal de la dogmática penal y acercarnos a la cuestión político criminal de qué en concreto puede ser considerado un daño a aquello que, en concreto, puede y debe ser considerado un interés digno de ser protegido.

IV. DAÑO Y POLÍTICA CRIMINAL

1. Sobre el potencial de una idea de daño para la política criminal

Denominamos política criminal a la praxis política relacionada con la delincuencia y la respuesta a la misma (150); también se suele llamar así a la disciplina académica o del conocimiento que abarcaría, tanto desde una perspectiva descriptiva como valorativa, la citada praxis (151). Si tenemos en cuenta lo que anteriormente hemos señalado sobre los objetos de criminología y derecho penal (o dogmática penal) podremos comprender que hay un evidente solapamiento entre disciplinas. La cri-

(147) Véase TAVARES JUÁREZ, E. X, *Teoría del injusto penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 384.

(148) HEFENDEHL, R. (Coord.), *op. cit.* Véase también el más sucinto pero completo análisis de PARIONA ARANA, R., «El Derecho penal “moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27(82), 2006, pp. 155-174.

(149) Véase al respecto mi posición en MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas “ofensivas”», *op. cit.*

(150) DÍEZ RIPOLLES, J. L., *Delitos Y Penas En España*, Catarata, 1.ª ed., Madrid, 2015, pp. 220.

(151) BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, 3.ª edición, 2021.

minología no sólo tiene como objeto el crimen, sino la respuesta al mismo; la dogmática no sólo estudia el delito y la pena legalmente establecidos, sino qué es lo que deberían ser pena y delito desde una perspectiva ideal. La política criminal confluye con la criminología cuando estudian críticamente la respuesta del sistema de justicia penal al crimen, y con el derecho penal cuando se plantea frente a qué conductas delictivas, y con qué sanciones a las mismas, es adecuado (y legítimo) intervenir. Lo que ahora me interesa de este solapamiento o confluencia disciplinar con la política criminal es, de nuevo, lo que ello implica con relación al objeto que estamos estudiando aquí, el daño. Y si, como hemos visto, en las disciplinas que confluyen con ella el daño es un elemento implícita o explícitamente relevante, puede intuirse que también debiera serlo en la política criminal.

Tradicionalmente la idea de daño no aparece en ninguna de las definiciones que se han dado de política criminal. Ni en la clásica de Von Liszt como la «investigación científica de las causas del delito y los efectos de la pena, según la cual el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito» (152) ni, en las más académicas de Zipf, para quien la política criminal es el conjunto de respuestas legislativas penales del Estado (153) o la de Delmas-Marty que abarca el estudio de todo el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal (154), hay referencia alguna al daño. En todas ellas el objeto de referencia es el crimen y la respuesta al mismo. La divergencia entre unas y otras definiciones es que para algunos la política criminal debe limitarse a la respuesta del sistema penal, entendiendo por él el derecho penal y las instituciones que lo aplican; mientras que otros ampliamos el objeto a cualquier medio de intervención estatal frente a la delincuencia (155). La razón es que la primera opción no sólo implica dejar fuera del estudio las que podrían ser las medidas más

(152) VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*, T. I y II, 3.^a ed, 1927,1929, Madrid: Reus, pp. 5. Sobre el concepto de política criminal en von Liszt y su evolución resulta esencial tomar en consideración el detallado y analítico trabajo de Díez RIPOLLÉS, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt». *Revista electrónica deficiencia penal y criminología RECPC*, 2018, pp. 20-12.

(153) ZIPF, H., *Introducción a la Política Criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

(154) DELMAS-MARTY, M., *Modelos actuales de política criminal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 19

(155) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 2006, p. 542.

importantes para la prevención o el tratamiento del crimen y que pueden estar perfectamente fuera del derecho penal (156), sino que impide una adecuada valoración del propio sistema penal al convertir en vacío de contenido principios como el de última ratio o intervención mínima al no poderse comparar la intervención por medio de «lo penal» con aquella sin él. Esta discusión, en una versión más moderna, ha mutado en un debate entre una visión de la política criminal valorativa o principialista-normativa (157) y otra como una disciplina eminentemente política y también extra-normativa que tenga en cuenta los distintos modelos de política penal posibles y aplicables en la realidad (158). Pero, lo relevante a los efectos de este trabajo es: ¿desempeña en algunas de estas visiones de la disciplina la idea de daño? La respuesta es afirmativa para ambas, pese a los matices.

Para quienes la política criminal viene a constituir el estudio «crítico» del derecho penal, esto es, la conexión entre el delito y el derecho penal ideal, el daño, como sustrato material (o ideal-normativo de lesividad) que debe dar lugar a una respuesta preventiva (o expresiva por el merecimiento y la estabilización normativa) resulta objeto de estudio fundamental (159). Es cierto, en todo caso, que para esta concepción de la política criminal nos encontraríamos ante un daño evaluado en abstracto o de forma ideal, sin entrar en consideraciones concretas respecto a la afectación material a los intereses o condiciones de vida individuales o colectiva. En esta visión «dogmática» de la política criminal en la que la ciencia que se ocupa de ella no atiende a lo contingente y coyuntural, sino que «tematiza, sistematiza y legitima lo que es objeto de la actividad del legislador desde un esquema conceptual superior más abstracto y orientado a conexiones político-filosóficas profundas» (160), no parece necesario, ni posible en realidad, cuantificar los daños. Para quienes, por su parte, consideran que la política criminal se centra en el estudio de la política pública encargada del mantenimiento y perfeccionamiento del orden social

(156) BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*. Tirant Lo Blanch, 1.ª ed., Valencia, 2013., pp. 338.

(157) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *op. cit.*

(158) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: Un análisis crítico de la contribución de Roxin», *op. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B. «Aproximación a la política criminal y las instituciones del control del delito en España» en Medina Ariza, J. J.: *Instituciones del control del delito*, Dykinson, 2022.

(159) Véase, por ejemplo, ROBLES PLANAS, R., *op. cit.* Véase también sus consideraciones respecto al daño en el sentido de los efectos psicológicos sociales masivos del delito, siguiendo a Jellinek, en PLANAS, R. R., *op. cit.*, pp. 56 y 57, nota 53.

(160) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*

mediante un determinado ejercicio del control social ejercido por el subsistema de control social penal para prevenir el delito, la idea de daño también es relevante. Pero tiene el potencial de ser, además, una herramienta de crítica práctica aún más relevante de la propia del «delito». Y esto es así en cuanto se entienda, como suele suceder, que no sólo interesa la reflexión académica sobre aquellos comportamientos que hoy constituyen delito en un ordenamiento jurídico determinado sino, también, aquellas «conductas especialmente lesivas para el orden social» (161). Al fin y al cabo, la política criminal no sólo se ocupa de aquello que es delito hoy sino de aquello que, por cumplir las condiciones para ser considerado como tal o merecer algún tipo de respuesta preventiva formal similar a la que requiere aquello que es delictivo, puede ser que lo sea en el futuro. Es decir, que la política criminal no sólo se ocupa de los daños delictivos, sino de los daños que puede ser que lo sean o que, a los ojos de quienes lo estudian, podrían merecer tal condición o, al menos, pueden ser tan lesivos como otras conductas consideradas delictivas aun no siendo la respuesta formal del derecho penal la más adecuada frente a ello.

Y el estudio del daño para la política criminal no sólo es necesario para poder identificar frente a qué hay que responder, sino para saber frente a qué no hay que responder y cómo hay que hacerlo. Si, como ha señalado Díez Ripollés, el objetivo de la política criminal es prevenir la delincuencia dentro de parámetros socialmente asumibles (162), el daño no sólo nos indicaría qué comportamientos deben ser considerados delictivos (y cuáles no) y deben reducirse tanto en su comisión como en su gravedad, sino, también, qué intervención del estado, por ser proporcionada a la gravedad del daño, respeta los valores, principios y reglas que regulan la convivencia en una determinada sociedad entre los que se encuentra la exigencia de proporcionalidad. Como ha señalado Hughes en sus críticas a la zemiología, reconocer que hay daños no debiera suponer eliminar la categoría de delito puesto que ni todo delito produce el mismo nivel de daño ni todo daño debe ser considerado delito (163). Y esto es más evidente incluso para quienes adoptan una visión amplia de la política criminal que no la identifica exclusivamente con la legislación penal y, por tanto, con la intervención de los mecanismos formales de control del delito (164). Decía antes, cuando analizábamos las posiciones del daño social, que el aspecto positivo de las mismas es que se alejan del pensamiento de que la única forma de evitar lo que es

(161) Así, Díez Ripollés, J. L., *op. cit.*

(162) Díez Ripollés, J. L., *op. cit.*

(163) Hughes, G., *op. cit.*, pp. 157-159.

(164) Miró Llinares, F., y Gómez Bellvís, A. B., *op. cit.*, pp. 19-41.

lesivo en sociedad es por medio del control social formal. Pero también decía que es bueno que la criminología esté capacitada para dialogar con quienes toman las decisiones del control penal mostrándoles que puede haber otros medios de prevención que podrían ser más efectivos. Por ello, y si queremos que la política criminal mire más allá del sistema penal a la hora de decidir si usarlo (y cómo hacerlo) para lograr la prevención de determinados daños, es necesario que abarquemos no sólo aquello que es lesivo y va a merecer la respuesta del control penal sino lo que también lo es, pero puede ser evitado por otros medios. Esto no supone que la política criminal tenga que abarcar todos los sistemas de control social informal ni todas las políticas sociales que pueden servir para reducir los daños en sociedad, pero sí que debe utilizar parámetros, como el del daño, capaces de evaluar, junto a otros elementos, si es realmente imprescindible actuar o no con el sistema penal. El daño puede y debe estar, por tanto, junto al delito, en el centro de la política criminal.

Además, el daño no sólo puede ser un elemento esencial para tomar decisiones político-criminales sino, también, para evaluar las mismas. Si el objetivo de un modelo político criminal debiera ser reducir los daños de la delincuencia usando, entre otros medios, la criminalización (conforme a las demás exigencias de legitimidad en el Estado social y democrático de derecho) de aquellos comportamientos lesivos cuya prevención no es posible por otros medios, el daño puede ser medida esencial de la definición de la política criminal y de la valoración de si la misma está siendo eficaz al reducir los daños y eficiente al hacerlo con un coste de lesividad en la intervención del sistema penal lo menor posible. Y esto no sólo en el plano más abstracto de la toma de decisiones legislativa respecto a la criminalización de conductas, sino también en otros aspectos de la política criminal no menos importantes y que pueden incidir profundamente en los derechos de los demás: la actuación de la policía, la fiscalía y cualesquiera otras instituciones del control formal del delito; la puesta en marcha de otras políticas preventivas relacionadas con el control informal, etc. Tomar decisiones en relación con todo ello, también en cuanto a la prelación en la intervención en unas u otras materias y frente a unas u otras conductas, requiere de un profundo conocimiento de lo que es real y efectivamente lesivo y, además, merece la intervención del sistema de control penal.

La idea de daño parece, por tanto, un criterio con un potencial excepcional para definir prioridades en la persecución del delito; para la asignación de recursos para la política criminal; así como para la propia evaluación de las políticas públicas de prevención del crimen.

La cuestión, sin embargo, es si disponemos de una definición de daño que pueda considerarse consensuadamente aceptada y/o clara como para realizar sobre ella las tareas designadas. Se ha dicho que una de las principales críticas a la zemiología estribaba en la vaguedad del concepto de daño social; también se han discutido las múltiples conceptualizaciones que desde el derecho penal y la filosofía moral se han hecho del daño; y hemos visto cómo los críticos del *harm principle*, así como los del bien jurídico protegido, manifiestan la incapacidad demostrada de ideas como daño o interés jurídico para establecer en la práctica real de la criminalización límites al legislador y al juzgador en el ejercicio de la justicia penal. Lo cual hace legítima la pregunta de si tiene sentido, como he dicho que se propondrá en este trabajo, situar en el centro del estudio y el debate político criminal una idea amplia e indefinida como la de daño.

Hay, a mi parecer, al menos tres argumentos para sostener una respuesta afirmativa. El primero de ellos se explicita con otra pregunta: ¿cuál sería la alternativa a no hacerlo? Desde la perspectiva de la criminalización, esto es, de la decisión de qué convertir en delito, renunciar al daño y al principio del daño (puntualmente complementado con otros) como un elemento mínimo supondría aceptar la idea de que cualquier conducta, por el hecho de que el estado lo decida así, puede ser criminalizada. Esto dejaría la política criminal, al menos su sentido crítico, vacía de una parte importante de su contenido. Desde la perspectiva del análisis de la proporcionalidad a la hora de la determinación de cuál es la pena capaz de lograr el efecto preventivo teniendo en cuenta, además, el merecimiento de la conducta, renunciar a la comprensión del daño que causa el delito y su comparación con el mal que supone la pena implicaría o caer en disquisiciones puramente metafísicas o aceptar, de nuevo, que cualquier castigo es proporcional para cualquier comportamiento. Desde la perspectiva de la toma de decisiones respecto a qué medidas pueden ser aplicadas dentro del sistema penal en el caso concreto o fuera de él para prevenir determinadas conductas, renunciar al daño nos priva de un elemento de priorización en la toma de decisiones y en la asignación de los recursos absolutamente esencial. Parece, por todo ello, que podría ser mejor usar un concepto vago e indeterminado como es el de daño para argumentar sobre la política criminal que no usar ningún criterio. Al fin y al cabo, situar en el centro de discusión esta idea es algo que lleva ya a la argumentación y al debate. No hacerlo, y aceptar que cualquier cosa puede ser criminalizada o que cualquier cosa puede merecer cualquier tipo de castigo simplemente porque la moral social lo esta-

blezca, es negar la discusión y la posibilidad de debate, con lo que ello significa en democracia.

El segundo argumento para una respuesta afirmativa a la cuestión de si tiene sentido apoyar y construir la política criminal en un concepto aparentemente indeterminado como el de daño es que, aun siendo escaso, el consenso respecto a lo que es un daño es suficiente como para permitir la funcionalidad del término si lo apoyamos en un desarrollo empírico que, hasta el momento, ha sido casi inexistente. Este segundo argumento tiene, pues, dos partes. La primera es que es posible encontrar una base normativa aceptada por gran parte de la comunidad académica de lo que podría denominarse un «mínimo común denominador» de la idea de daño. La segunda, que si ese «consenso de mínimos» se desarrolla por medio de metodologías empíricas que cuantifiquen y operativicen el daño, su funcionalidad como elemento crítico operativo para la política criminalidad podría ser mucho mayor. En cuanto a lo primero, creo que hay una base de casos de daño, como los daños personales, los daños económicos, algunos daños colectivos como los ambientales, sobre los que existe un acuerdo importante y que pueden servir como referencia para la construcción de criterios más desarrollados que permitan determinar qué es un daño. Así, creo que la razón por la que el concepto de Feinberg de daño como retroceso en los intereses que, además, resulten legítimos, siga siendo una referencia habitual para quienes se apoyan en este concepto, es porque nos sitúa en la senda de que la persona, a nivel individual, sigue siendo la referencia fundamental en la idea de daño. Los daños personales, tanto de tipo físico-material como psicológico-moral y económico, no sólo son reconocibles como daño, sino que son cuantificables y sirven como argumento indiscutible de la existencia de eso que podemos denominar «daño». A su vez, el que gran parte de las críticas a ese concepto liberal de daño consistiesen en la necesidad de reconocer que no sólo los daños individuales deben poder ser abarcados por la concepción de daño, nos muestra no sólo un cambio en el *zeitgeist* filosófica política, sino un consenso moderno en torno a la idea de que las personas también se pueden ver dañadas cuando se afecta a la comunidad y a las instituciones sociales que permiten su desarrollo.

Hoy todos los que consideramos el potencial de la idea de daño para la política criminal aceptaríamos un concepto sólo si el mismo permitiera abarcar no sólo los daños físicos, psicológicos y económicos individuales, sino otro tipo de daños más colectivos como los sociales o ambientales que pueden dar cabida de manera más efectiva a las complejidades del daño en la sociedad actual. Quizás donde el desacuerdo entre las distintas posiciones sobre qué es un daño resulte

más evidente sea en la vinculación entre el daño y la moralidad de la conducta que lo produce. La visión más liberal de Feinberg de que el daño tiene que ser una conducta injusta (165), en un sentido moral o legal, podría contraponerse a propuestas más modernas como la de Greenfield y Paoli que buscan una idea de daño que parta de la promoción justa de las capacidades humanas yendo más allá de categorías legales y morales preestablecidas (166). Pero aún en este disenso hay algo de consenso, la necesidad de una idea de justicia. Feinberg parte de una idea de justicia más «a la Kant»; Paoli y Greenfield se apoyan en la idea de justicia de Sen (167), pero todos ellos reconocen que el daño debe ser percibido no sólo como lo que subjetivamente afecta a otros sino como aquello que objetivamente debiera ser considerado injusto. Sobre esta cuestión volveré cuando aporte el tercer argumento. Antes de ello diré, para resumir en torno a la existencia de un mínimo común denominador de lo que es daño, que una buena aproximación al mismo podría ser la recientemente expresada por Paoli y Greenfield. Definen el daño las autoras, de forma amplia, como «el impacto negativo o adverso que una actividad o evento tiene sobre individuos, comunidades, instituciones, el medio ambiente o la sociedad en general» (168). Si a tal concepto se añade la idea de que procede de un hecho injusto, tenemos una base de acuerdo más que adecuada para seguir desarrollando.

Es cierto que este consenso mínimo sobre lo que es daño puede parecer insuficiente para, sobre esta idea, construir la discusión académica político-criminal tal y como anteriormente he planteado. Pero esto es así, y aquí viene la segunda parte del segundo argumento, debido al escaso desarrollo que se ha hecho del concepto más allá de lo normativo. La idea de daño ha sido central para la discusión sobre los límites morales del derecho penal, es decir, para la discusión idealista sobre los criterios de legitimidad de la criminalización, pero desde una perspectiva genérica y casi más centrada en lo meta teórico (en si debe o no ser un criterio suficiente, único, válido, etc., para la criminalización) que en la cuestión práctica de cuáles sí son daños y cuáles no. De modo similar a lo que ha sucedido con el bien jurídico protegido donde la discusión normativa no ha llegado nunca a una operativización en forma de listas o características de los intereses que pueden ser acepta-

(165) FEINBERG, J., *op. cit.*,

(166) GREENFIELD, V. y PAOLI, L., *op. cit.*,

(167) SEN, A., *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009.

(168) PAOLI, L. y GREENFIELD, V. A., «Harm: a Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 21, 2013, pp. 359-77.

dos como tales. Lo mismo ha sucedido con la filosofía moral, que sí ha tratado de desarrollar criterios para la determinación de lo que es daño, pero sólo desde un plano teórico-lógico abstracto y sin descender a algo más operativo. No estoy diciendo que no deba ser así, pues creo que la función de las disciplinas normativas debe ser esencialmente ese. Pero es evidente lo difícil que es que tales herramientas abstractas sean potencialmente aptas para algo tan operativo y práctico como es la decisión política. Y eso es la política criminal, una praxis que suele ejercerse, además, fuera de las condiciones ideales en las que se desarrolla, en cambio, la reflexión filosófica normativa. De ahí que el uso de conceptos tan abstractos e indeterminados como el de bien jurídico o el de daño, en manos de quienes junto a la racionalidad ética están sometidos también a la lógica política, acabe resultando disfuncional. La razón de que tanto el concepto de daño como el de bien jurídico hayan sido usados y manipulados por el legislador para dar cabida incluso a aquello que ese consenso mínimo nunca consideraría un daño, no estriba, a mí parecer, en la definición de tales términos sino en el modo en que han sido utilizados y operativizados. O, mejor dicho, en el hecho de que no lo han sido, facilitando entonces el ser usados como conceptos paraguas que servían para una cosa y otra.

Para que el daño pueda ejercer una función eficaz en la política criminal es importante llegar a un acuerdo en torno al concepto, pero más aún desarrollar una metodología en torno a su idea. Aunque esto será desarrollado en el último punto de este trabajo allí donde la idea de daño ha sido funcional y está empezando a serlo es donde ha contado con el desarrollo de procedimientos para definirlo. En el ámbito del derecho civil y la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, existen debates en torno a qué debe ser considerado daño, pero al centrarse los mismos en su cuantificación se ha terminado operativizando el término hasta tal punto que su discusión teórica y su cuantificación práctica casi se confunden (169). La ausencia de metodologías empíricas que cuantifiquen y operativicen el daño, ha podido castigar la validez y funcionalidad del daño como elemento crítico operativo para la política criminal. Y con ello no estoy negando la necesidad de una discusión teórica de lo que debe ser considerado un daño, ni de que la

(169) Véase, por citar un ejemplo concreto, la discusión sobre la idea de daño moral en «*Damages for Pain and Suffering*» donde, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, Gómez Pomar busca diferenciar entre el daño pecuniario, que puede ser compensado directamente con dinero o bienes equivalentes, y el daño no pecuniario o *pain and suffering*, que no puede ser restituido del mismo modo al no poderse restaurar la utilidad perdida en términos de bienestar. GÓMEZ POMAR, F., «*Damages for Pain and Suffering*», *InDret*, vol. 1, 2000.

misma no deba realizarse desde la abstracción filosófica y sea sustituida por un procedimiento de cuantificación de lo que es daño. Lo que sí creo es que la discusión sobre cómo cuantificar y valorar la existencia de un daño puede complementar el debate filosófico y poner de manifiesto sus lagunas y, sobre todo, que sólo un concepto capaz de evaluar y priorizar los daños en función de su impacto real en las vidas de las personas y en la sociedad, en lugar de basarse únicamente en categorías ideales, estará en condiciones de ser útil para la práctica político criminal. Necesitamos un concepto de daño capaz no sólo de ser discutido sino, también, valorado y cuantificado. En otras palabras, la política criminal como praxis demanda más un cómo que un qué en relación con la idea de daño. Y el cómo, hasta el momento, ha estado más ausente que presente, con excepciones, como veremos.

Si a ello sumamos el argumento de que, en el terreno de la filosofía moral y jurídico-penal la inexistencia de un acuerdo absoluto sobre un concepto no sólo no debe impedir su uso sino que debiera reforzarla en cuanto que es por medio de la argumentación como se logran objetivos fundamentales como la transparencia, la equidad y el propio diálogo, podríamos convenir que tiene razón Folland cuando señala que lo más importante no es llegar a un acuerdo sobre un concepto determinado de daño como el compromiso de seguir trabajando en el mismo activamente sin renunciar a su uso inmediato (170).

2. Modelos de cuantificación del daño y su potencial uso en la política criminal

Para que el daño pueda ejercer una función eficaz en la política criminal es esencial el desarrollo de algún tipo de metodología en torno a su cuantificación y valoración. Pues bien, ya han existido aproximaciones metodológicas que han comenzado a hacerlo, como la del Crime Harm Index o la de Harm Assesment Framework. Antes de entrar en ellas quiero referirme brevemente a algunos intentos de cuantificación y valoración de constructos llevados a cabo desde la criminología que guardan similitudes con la medición del daño y que podrían, y deberían, ser consideradas antecedentes de las mismas. Es el caso de la escala de medición de la delincuencia, creada por Sellin y Wolfgang en 1964 (171). Aunque pueda parecer que el objeto de

(170) FOLLAND, A., «The Harm principle and the Nature of Harm», *Utilitas* Vol. 34(2), 2022, p. 150.

(171) Como ha señalado Sweeting la idea de medir la severidad del crimen es anterior SWEETING, D., *Developing a Crime Severity Score for England and Wales*

medición aquí es la delincuencia (172), en realidad el punto de partida es que las estadísticas criminales tradicionales, basadas en categorías legales, no reflejan adecuadamente la diferente gravedad real de cada infracción y, por ello, lo que proponen es una escala de «seriedad del delito» fundamentada en las percepciones comunitarias sobre la gravedad de cada conducta delictiva. Por medio de metodologías empíricas que buscan describir eventos delictivos y no referirse a clasificaciones legales para realizar evaluaciones sobre la gravedad percibida por la comunidad de cada conducta, Sellin y Wolgan construyeron una escala cuantitativa de seriedad delictiva que asignaba puntuaciones específicas a distintos tipos de delitos, facilitando comparaciones más precisas y una mejor comprensión del impacto social (percibido) de la delincuencia. La escala fue pronto criticada por distintos motivos relacionados esencialmente con su validez para reflejar la seriedad del crimen y la metodología utilizada para hacerlo (173), pero dio lugar también a una evolución de esta (174) y a un debate

using data on crimes recorded by the police, Office for National Statistics (ONS), 2016. Ya la planteó GORING, C., *The English Convict: A Statistical Study*, His Majesty's Stationery Office, 1913 acudiendo, de forma algo similar a lo que después veremos que plantea Sherman, a la identificación de patrones en las condenas judiciales; también introdujo métodos basados en la percepción pública de la gravedad del delito CLARK, F. H., «The seriousness of offenses as judged by offenders and by students of sociology». *Journal of Criminal Law and Criminology*, 12(2), 1922, pp. 263-274 y Thurstone propuso un método de comparación por pares para evaluar la severidad de delitos, el cual se convertiría en la base de las escalas posteriores. THURSTONE, L. L., «A law of comparative judgment», *Psychological Review*, vol. 34(4), 1927, pp. 273-286. Sin embargo, el enfoque más influyente fue el desarrollado por Sellin y Wolfgang al convertirse en un estándar en criminología y replicarse en estudios posteriores como el WOLFGANG, M. E., FIGLIO, R. M., TRACY, P. E., & SINGER, S. I., *The National Survey of Crime Severity*, U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1985, que amplió el número de delitos considerados y la muestra de encuestados.

(172) Pues, como ha indicado Sweeting, se han usado distintas metodologías para cuantificar y comparar la gravedad de los delitos, atendiendo a factores tan diversos entre sí como la seriedad o gravedad del delito la frecuencia y la actividad. SWEETING, D., *op. cit.*

(173) Desde la crítica de Baratta centrada en los posibles sesgos que la población encuestada puede tener respecto a la delincuencia y que podría llevar a no considerar adecuadamente la gravedad de los delitos cometidos por las clases dominantes BARATTA, A., *op. cit.*, hasta la de quienes, como EISNER, M. H., «Modernización, autocontrol y violencia interpersonal: ensayo de una teoría de la civilización violenta», *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 3(2), 1995, pp. 27-43, niegan que sea posible una escala universal de la delincuencia dado que la percepción de la gravedad de los delitos puede variar significativamente entre diferentes culturas y contextos sociales, etc.

(174) Comenzando por sus propias modificaciones en WOLFGANG, M. E., FIGLIO, R. M., & SELLIN, T., *Delinquency in a Birth Cohort*, University of Chicago Press, 1987. Y después por trabajos como el de ROSSI, P. H., WAITE, E., BOSE, C. E.,

sobre las mejores herramientas posibles para medir lo que, en el fondo, podía considerarse que era el daño percibido por la comunidad de la delincuencia y si ello debía relacionarse también con la frecuencia de la delincuencia (175).

La idea de daño también está en el fondo de otros instrumentos de medición criminológica como los que cuantifican el coste del crimen y buscan estimar el impacto económico de las actividades delictivas en la sociedad. Recientemente esta cuestión de la medición del coste del crimen se ha plasmado en propuestas específicas para la medición de los costes que producen actividades criminales específicas como la criminalidad organizada. Es el caso de Savona y Vettori quienes, tras analizar distintos intentos de medir el daño causado por el crimen organizado y hallar falta de uniformidad en la recopilación de datos y en las definiciones legales de los delitos y otros obstáculos para la métrica comparada, propusieron un enfoque que combina estadísticas oficiales con encuestas para obtener una visión más amplia y detallada del impacto del crimen (176). Lo mismo ha suce-

y BERK, R. E., «The seriousness of crimes: Normative structure and individual differences», *American Sociological Review*, vol. 39, n.º 2, 1974, pp. 224-237; y la nueva revisión de WOLFGANG, M. E., FIGLIO, R. M., TRACY, P. E., y SINGER, S. I., *op. cit.* Pease, en 1988, también contribuyó al debate enfatizando la importancia de comprender las percepciones públicas para informar las políticas criminales. PEASE, K., «Judgements of crime seriousness: Some implications for anti-social behaviour and moral panics», en Tonry, M. & Morris, N. (Eds.), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 10, University of Chicago Press, 1988, pp. 73-120.

(175) Véase sobre esto y las propuestas de HINDELANG, M. J., HIRSCHI, T., y WEIS, J. G., *Measuring Delinquency*, SAGE Publications, 1981, que introdujeron la idea de usar la frecuencia de delitos cometidos como un indicador de criminalidad, y después la Variety Scale. SWEETEN, G., «Scaling Criminal Offending», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 28(3), 2012, pp. 533-557

(176) SAVONA, E. U., y VETTORI, B., «Evaluating the Cost of Organised Crime from a Comparative Perspective», *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 15(4), 2009, pp. 379-393. Por otro lado, Cohen y Bowles desarrollaron una metodología basada en el método de valoración contingente, utilizado en economía ambiental, mediante el cual se utilizan encuestas para estimar cuánto estaría dispuesta a pagar la sociedad por una reducción en la criminalidad; su propuesta incorpora tanto costos tangibles, como pérdidas económicas derivadas de daños a la propiedad y gastos médicos, como costos intangibles, tales como el dolor y el sufrimiento de las víctimas COHEN, M. A., & BOWLES, R., «Estimating costs of crime», en Piquero, A. R. & Weisburd, D. (Eds.), *Handbook of Quantitative Criminology*, Springer, 2010, pp. 143-162. Otras investigaciones han explorado metodologías alternativas para medir los costos del crimen, como la aplicación de modelos econométricos para evaluar el impacto del crimen en el crecimiento económico o la productividad de las ciudades HECKS, M., REED, S., TAFSIRI, M., y PRINCE, S., *The Economic and Social Costs of Crime*, 2.ª ed., Home Office Research Report, 2018, así como la estimación del costo de oportunidad de las personas encarceladas en términos de pérdida

dido en el campo de la cibercriminalidad donde Levi, partiendo precisamente del elevado grado de subjetividad que tienen algunas aproximaciones, ha propuesto un modelo basado en la combinación de datos estadísticos y análisis económicos, con el fin de generar estimaciones más cuantificables del daño asociado a cada tipo de actividad delictiva (177). Pero la literatura sobre la medición del coste del crimen es muy anterior, existiendo un buen número de trabajos de finales del siglo pasado y de principios de este que han tratado de aportar diferentes métodos para tratar de medir los costes del delito (178). Sin pretender entrar aquí en una revisión de estos, sí me interesa destacar, por su clara relación con la cuestión de la potencial medición del daño del crimen, algunos aportes que han ido poniendo de manifiesto la necesidad (y la posibilidad) de medir y evaluar no sólo las pérdidas económicas derivadas del crimen sino otros impactos de naturaleza distinta, algunos de ellos relacionados con las propias víctimas (179). Así lo entendía Cohen, quien tras comprobar que los estudios sobre los costos del crimen se centraban exclusivamente en los gastos directos como pérdidas de propiedad, costos médicos y salarios perdidos (180) y considerar que ello subestimaba drásticamente el costo real del crimen al ignorar los efectos psicológicos y emocionales que sufren las víctimas, propuso una metodología innovadora basada en la combinación de datos sobre tasas de lesiones en víctimas de delitos con las indemnizaciones otorgadas por jurados en casos de lesiones personales para calcular valores monetarios para el dolor, el sufrimiento y el miedo (181). Esta fue después perfeccionada en otros trabajos del propio Cohen (182) y posteriormente

de contribuciones al mercado laboral WICKRAMASEKERA, P., RAYMER, J., GRAFF, M., y SMITH, P., «The economic cost of serious crime in Australia», *Journal of Criminology*, vol. 48(4), 2015, pp. 327-345.

(177) LEVI, M., «Assessing the trends, scale and nature of economic cybercrimes: Overview and Issues», *Crime, Law and Social Change*, vol. 67(1), 2017, pp. 3-20

(178) Generalmente desde el análisis económico del crimen, véase en este sentido el capítulo específico sobre los costes del delito en ALBERTSON, K., y FOX, C., *Crime and Economics: An Introduction*, 2011 pp.146 y ss.

(179) DOLAN, P., LOOMES, G., PEASGOOD, T., y TSUCHIYA, A., «Estimating the intangible victims costs of violent crime», *The British Journal of Criminology*, vol. 47, 2007, pp. 121 y ss.

(180) Trabajos de los años 70 como los de THALER, R., «A note on the value of crime control: Evidence from the property market», *Journal of Urban Economics*, vol. 5, n.º 1, 1978, pp. 137-145, o RIZZO, M. J., «The Effect of Crime on Residential Rents and Property Values», *The American Economist*, vol. 23, n.º 1, 1979, pp. 16-21.

(181) COHEN, M. A., «Pain, suffering, and jury awards: A study of the cost of crime to victims», *Law and Society Review*, vol. 22(3), 1988, pp. 537-555.

(182) COHEN, M. A., «A Note on the Cost of Crime to Victims», *Urban Studies*, vol. 27, n.º 1, 1990, pp. 139-146.

ampliada en el trabajo clásico de Miller, Cohen y Wiersema que adopta un enfoque integral y multidimensional para medir el coste del crimen, combinando datos administrativos, encuestas de victimización, análisis económico y modelos estadísticos (183). En este último trabajo la voluntad de capturar los costes del crimen más allá de los costes directos tangibles lleva a los autores a una metodología con dos avances muy interesantes. El primero tiene que ver con la medición de los costes intangibles individuales, aquellos relacionados con el sufrimiento y la pérdida de calidad de vida, donde se propone sumar al que Cohen denominó *Jury Awards Method* (Método de Equivalencia en Tribunales) que calculaba los promedios de coste a partir de las compensaciones por daños morales determinadas por jurados en tribunales civiles un nuevo método, el *Contingent Valuation Method* (método de valoración contingente) que mediante encuestas a la población trata de determinar cuánto estarían dispuestos a pagar los ciudadanos por evitar ser víctimas de un crimen específico comparándolo con estudios previos de disposición a pagar en áreas como seguridad vial y salud pública. El segundo cambio de interés tiene que ver con lo que denominaron costes del crimen sociales y a largo plazo, aquellos que no afectan únicamente a la víctima, sino a la sociedad en su conjunto, para lo cual usaron modelos estadísticos para evaluar el impacto en la salud mental de las víctimas y el coste en los servicios sanitarios o los costes indirectos en comunidades atendiendo al valor de las propiedades en zonas de alta criminalidad (184). Aunque este tipo de estudios de estimación de los costos económicos y sociales del crimen han seguido desarrollándose (185), apareciendo nuevas metodologías para tratar de proporcionar una base para la aplicación de políticas públicas en general y para programas de prevención del crimen en particular (186), también han sido objeto de numerosas críticas, imposibles de abarcar aquí, relacionadas bien con la cuestión ética de economizar variables de contenido moral o bien con la dificultad metodológica de cuantifi-

(183) MILLER, T. R., COHEN, M. A., y WIERSEMA, B., «Crime in the United States: Victim costs and consequences», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 11, n.º 2, 1995, pp. 167-178.

(184) MILLER, T. R., COHEN, M. A., y WIERSEMA, B., *op. cit.*

(185) Un panorama general sobre estos enfoques en CHALFIN, A., «Economic Costs of Crime», en *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, John Wiley & Sons, Ltd., 2015, pp. 1-12, y DOMÍNGUEZ, P., y RAPHAEL, S., «The role of the cost-of-crime literature in bridging the gap between social science research and policy making: Potentials and limitations», *Criminology & Public Policy*, vol. 14, n.º 4, 2015, pp. 589-632.

(186) Véase, por ejemplo, COHEN, M. A., *The Costs of Crime and Justice*, Routledge, 2da edición, 2020, o más recientemente ROMAN, C. G., et al., *op. cit.*

car ciertos tipos de costos, la validez de las fuentes de datos y los supuestos utilizados en la estimación (187).

Quizás el problema sea lo enormemente contraintuitivo que resulta reducir el delito, el daño o, añadiría yo, el castigo, en términos de «coste». Como se ha señalado en relación con la prisión y añadiría yo para las demás, ninguna de estas experiencias vitales puede ser capturada con precisión por medio de este término, y por eso resultan tan problemáticas este tipo de reducciones (188). Poner el énfasis exclusivo en la idea de coste, con las implicaciones económicas que tiene, podría ciertamente conducir a una visión reduccionista de la criminalidad, omitiendo factores sociales y psicológicos que también deberían ser considerados en la formulación de políticas públicas. La cuestión, en todo caso, como desarrollaré más adelante, y en la línea de lo que he adelantado anteriormente, no debería ser si es posible encontrar medidas objetivas perfectas de hechos institucionales normativizados (también denominados constructos sociales) como delito, daño, o injusticia, sino si, en ausencia de las mismas, debemos o no usar metodologías de valoración que, por medio de cuantificaciones más o menos aproximadas, nos permitan tomar mejores (en sentido ético) decisiones en materia de política criminal.

Estas consideraciones podrían hacerse también a algunos de los intentos directos de cuantificar y valorar el daño, aunque desde perspectivas muy distintas. El más conocido es la idea de crear un índice o escala de daño, desarrollada por varios autores (189) pero esencialmente por Sherman con su Cambridge Crime Harm Index. Aunque la

(187) Por ejemplo las críticas al uso de métodos de cuantificación basados en encuestas presentan sesgos de percepción que pueden distorsionar la gravedad real de ciertos delitos, ya que los encuestados pueden sobrestimar el impacto de crímenes violentos y subestimar delitos financieros o de cuello blanco, cuyos efectos pueden ser igualmente devastadores en términos económicos PEASE, K., *op. cit.*, Véase un panorama general de las críticas, más centrado en lo metodológico que en consideraciones éticas, en Domínguez, P., y Raphael, S., *op. cit.*

(188) Así CULLEN, F. T., JONSON, C. L., y NAGIN, D. S., «Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science», *The Prison Journal*, vol. 91(3), 2011, pp. 48-65, quienes, sin embargo, y creo que es totalmente compatible hacerlo, no están negando la posibilidad de evaluar las políticas por sus efectos sino todo lo contrario, en cuanto que lo que sostienen es que una visión simplificadora de la idea de la prisión como un coste necesario para lograr efectos disuasorios solo puede considerarse contraria a la evidencia científica puesto que las políticas punitivas, como el encarcelamiento masivo, no sólo no ha mostrado eficacia en la reducción de la reincidencia sino que es una experiencia enormemente lesiva para los internos y puede tener efectos negativos a largo plazo en las comunidades.

(189) También desarrolló esta idea RATCLIFFE, J. H., «Towards an index for harm-focused policing», *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 9(2), 2015, pp. 164-182.

idea de la creación de un índice ponderado de daños del crimen (Crime Harm Index) que permita medir y comparar el impacto real de diferentes delitos, facilitando así una asignación más eficiente de los recursos policiales y otras políticas públicas, ya había sido planteado por Sherman anteriormente (190). Es en su trabajo de 2016 cuando desarrolla el Cambridge Crime Harm Index (CHI), una nueva metodología para medir el daño del crimen y así ayudar a las fuerzas policiales a asignar recursos de manera más efectiva, basándose en las directrices de sentencia del Reino Unido, y que permitiría medir el daño total causado por el crimen en función de las penas establecidas asignadas. El CHI surge como una alternativa a los enfoques tradicionales de medición del crimen, que suelen contar el número total de delitos sin ponderar su impacto real en las víctimas y la sociedad y se fundamenta en la idea de que no todos los delitos generan el mismo nivel de daño y, por lo tanto, es necesario establecer un método para ponderarlos adecuadamente. Para hacerlo el CHI mide el daño de cada delito de acuerdo con el «*starting point*» de las directrices de sentencia, es decir, el número de días en prisión que un tribunal asignaría como punto de partida para la pena de un delincuente sin antecedentes y sin circunstancias agravantes o atenuantes, evitando así problemas de subjetividad en la determinación de la severidad de los delitos y proporcionando, según los autores, una métrica más estable y confiable (191).

(190) La idea la introduce por primera vez en SHERMAN, L. W. (2007). «The power few: Experimental criminology and the reduction of harm». *Journal of Experimental Criminology*, 3(4), pp. 299-321, a partir de la constatación de que una pequeña proporción de delincuentes, víctimas y lugares son responsables de la mayor parte del daño causado por el crimen, lo que le lleva a proponer, para reducir eficazmente el daño total, un índice que permita saber dónde y en qué delitos centrar las estrategias policiales y de justicia penal. Estas ideas las mantiene en SHERMAN, L. W., «The power few: Experimental criminology and the reduction of harm», *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 3(4), 2007, pp. 299-321, en el que ya habla de la asignación de pesos específicos a cada tipo de delito, y en SHERMAN, L. W., et. al. *The Cambridge Crime Harm Index: Measuring total harm from crime base don sentencing guidelines*. *op. cit.*, centrado en particular en las actividades policiales preventivas. Finalmente, en SHERMAN, L. W., «The rise of evidence-based policing: Targeting, testing, and tracking», *Crime and Justice*, vol. 42, n.º 1, 2013, pp. 377-451, dedicado a la evolución y los principios fundamentales de la policía basada en evidencia. Sherman vuelve a enfatizar la importancia de medir no solo la incidencia delictiva, sino también el daño causado por diferentes tipos de delitos y la necesidad de implementar un Crime Harm index para hacerlo.

(191) SHERMAN, L. W., *op. cit.* Otras singularidades del CHI destacadas por sus autores son: que sólo cuenta los delitos denunciados por víctimas o testigos, excluyendo aquellos detectados por la policía (como posesión de drogas o hurtos identificados por seguridad privada), para evitar sesgos en la medición; que se trata un índice de daño

Hay que decir que el CHI pretende constituirse, esencialmente, en una herramienta de medición objetiva del impacto del crimen con propósito comparativo en el marco de las políticas públicas. El que se construya a partir del estándar normativo de las directrices de sentencia convierte al CHI en una herramienta de estandarización de lo que institucionalmente se considera daño y, como tal, para la valoración intrainstitucional de qué es más grave y debe merecer más atención, podría resultar una herramienta informativa y práctica. Pero es precisamente ese diseño el que hace que el CHI no pueda constituir ni una herramienta adecuada para el análisis crítico de la política criminal ni, tampoco, suficiente para su uso como referencia central de lo que es daño en el ejercicio público o intrainstitucional de la política criminal. En cuanto a esto último porque, como se ha señalado, los pesos de daño basados en las directrices de sentencia no reflejan adecuadamente la variabilidad del daño, tal como lo experimentan las víctimas o la sociedad en general, puesto que las sentencias judiciales pueden no considerar todas las dimensiones del daño causado por un delito específico (192). Además, y como han advertido Paoli y Greenfield, el CHI tiende a centrarse en los daños directos e inmediatos de los delitos, sin considerar adecuadamente los efectos indirectos o a largo plazo que pueden tener repercusiones significativas en las comunidades y la sociedad en general (193), por lo que la evaluación político criminal que se haría por parte de las propias instituciones públicas atendiendo a un criterio como el CHI sería parcial y cortoplacista. Pero, sobre todo, el CHI no sirve al propósito, aquí pretendido, de convertir el daño y su medición y valoración en el centro de la crítica político criminal. Al dar por aceptado el estándar normativo institucional para definir lo que es daño, sólo se valoraría aquello que ya es considerado daño y no aquello que debiera ser considerado tal, aunque formalmente no lo sea; y sólo se apreciaría la cantidad de daño a partir de lo que las instituciones judiciales ya consideran, sin que pueda tenerse en cuenta, a partir de otros elementos, que el daño es menor o mayor del que formalmente se identifica que hay. El CHI no

puro, separado de la culpabilidad del delincuente, su reincidencia y demás características individuales del que perpetra el delito, midiendo solo el daño causado por el delito en sí; y que, a diferencia de los enfoques basados en análisis económicos o estudios judiciales complejos, el CHI puede calcularse fácilmente a partir de los datos de criminalidad disponibles por lo que proporciona una métrica estable y de bajo costo.

(192) RUITENBURG, T. y RUITER, S., «The adoption of a crime harm index: A scoping literature review», *Police Practice and Research*, Vol. 24(4), 2023, pp. 423-445.

(193) GREENFIELD, V. A. y PAOLI, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Crminal Policy*, op. cit.

es, por tanto, una herramienta útil para la crítica político criminal que es para lo que debiera servir un sistema de medición del daño.

Y esto es lo que hace que el otro modelo que ha surgido recientemente de cuantificación o, más bien, valoración del daño, el denominado «Harm Assessment Framework» (HAF) de Letizia Paoli y Victoria A. Greenfield resulte, a mi parecer, más adecuado para el objetivo pretendido de situar el daño en el centro de la discusión político criminal. El *Harm Assessment Framework* (HAF) desarrollado por Paoli y Greenfield a través de varias obras (194) se fundamenta en la necesidad de desarrollar una metodología sistemática, empírica y estructurada para evaluar los daños derivados de distintas actividades criminales y otras prácticas socialmente perjudiciales, buscando no solo una alternativa a los enfoques tradicionales que priorizan la clasificación legal de los delitos y su sanción penal, sino también una herramienta práctica que permita determinar qué conductas representan los mayores daños sociales y que ayude a formular políticas criminales más efectivas y racionales (195). A diferencia del CHI, que se basa en las penas establecidas, el HAF se centra en una evaluación más amplia de los daños, considerando tanto los efectos directos como los indirectos del crimen en individuos, comunidades y estructuras institucionales, pues no sólo busca proporcionar una herramienta para que los responsables de políticas criminales puedan priorizar intervenciones basadas en una comprensión detallada de los daños causados por diversas actividades delictivas, sino también una herramienta crítica de la política criminal. Y aquí está, a mi parecer el enorme valor de la propuesta de Paoli y Greenfield al que tan sólo me voy a aproximar mínimamente para terminar este trabajo.

Después de poner de manifiesto que el daño ha sido un criterio histórico para la criminalización de conductas, tanto en el derecho

(194) Aunque su libro «Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy» fue publicado en 2022, las autoras ya habían introducido este enfoque en artículos anteriores, como GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *The British Journal of Criminology*, *op. cit.*, pp. 864-885; PAOLI, L. y GREENFIELD, V., «Harm: A Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 21, 2013, pp. 359-377; PAOLI, L. y GREENFIELD, V., «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *op. cit.*, pp. 87-100; PAOLI, L., y GREENFIELD, V. A., «Harm: A Substitute for Crime or Central to It?», en Boukli, A. y Kotzé, J.(Eds.), *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 57-84; PAOLI, L., GREENFIELD, V. A., y ZOUTENDIJK, A., «The Harms of Cocaine Trafficking: Applying a New Framework for Assessment», *Journal of Drug Issues*, vol. 43, n.º 4, 2013, pp. 407-436.

(195) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*

anglosajón como en el continental y de mostrar cómo la criminalización ha evolucionado desde su vinculación inicial con el perjuicio tangible hacia una consideración más amplia que incluye aspectos simbólicos y estructurales, y advertir sobre la dificultad de una aplicación coherente del principio del daño en el sistema penal, las autoras sostienen que incorporar el análisis del daño en criminología podría mejorar significativamente la toma de decisiones en materia de política criminal (196). Entre las aplicaciones más evidentes el daño serviría para determinar qué delitos deben ser perseguidos con mayor intensidad y priorizar la persecución de los crímenes con mayor impacto real; establecer penas proporcionales al daño generado; evaluar políticas de prevención y control del delito mediante el diseño de estrategias más efectivas basadas en evidencia empírica sobre el daño que generan las distintas conductas criminalizadas; y diseñar mecanismos más efectivos para reparar el daño sufrido por las víctimas para dar relevancia a la justicia restaurativa. Las autoras reconocen una serie de desafíos, tanto conceptuales como técnicos, para la evaluación del daño derivado de actividades criminales, como el propio de la normatividad de la idea de daño, la cuestión de la infinitud de los daños, la problemática de la causalidad o la cuestión de la supuesta inconmensurabilidad de los daños y la dificultad de la comparación y la medición de los mismos (197), y los afrontan

(196) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Crminal Policy*, op. cit.

(197) Todos estos problemas son analizados y abordados por PAOLI y GREENFIELD, partiendo del intrínseco carácter normativo, en el sentido del uso de juicios de valor moral, político y social (GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Crminal Policy*, op. cit, p. 101), en el que consiste la catalogación de un resultado como daño. La variabilidad cultural y socioeconómica que conlleva que lo que sea considerado un daño en un contexto no lo sea en otro obliga a determinar adecuadamente no sólo las condiciones de legitimidad de reconocimiento del daño sino la transparencia de estos GREENFIELD, V., y PAOLI, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, op. cit, p. 102. Otro desafío es el de la infinitud, pues no es posible identificar y clasificar ex ante todos los daños potenciales que pueden surgir de una actividad criminal, especialmente debido a los efectos en cadena y acumulativos de segundo y tercer orden GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, op. cit, p. 105. También está la cuestión de la causalidad, que exige determinar inferencias para poder atribuir los daños a actividades criminales específicas y no a otras causas, y que será especialmente compleja allí donde los daños estén espacial, temporal o conductualmente distantes de su causa original, como ocurre con los efectos indirectos del tráfico de drogas en comunidades vulnerables GREENFIELD, V., y PAOLI, L., GREENFIELD, V. y PAOLI, L., *Assesing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, op. cit., p. 107. Para mitigar estas dificultades, el marco metodológico propuesto opera con criterios

por medio de un marco de evaluación estructurado que permite analizar de manera más objetiva los daños generados por el crimen. Dado que los sistemas penales han tendido a operar a partir de criterios normativos y políticos más que sobre una base empírica que evalúe los efectos reales de las actividades delictivas, las autoras proponen una metodología de análisis del daño que se desarrolla en distintas fases interconectadas, las cuales permiten no solo identificar los daños que generan las actividades criminales, sino también evaluar su gravedad, incidencia y distribución social, y diferenciar entre aquellos daños que derivan directamente de la actividad criminal y los que, por el contrario, son resultado de políticas de control y criminalización (198).

El HAF se basa en un proceso metodológico compuesto por varias etapas que se aplican de manera secuencial, cada una con herramientas específicas para la evaluación del daño y la priorización de los esfuerzos de control del crimen, garantizando que las políticas criminales no se basen únicamente en la frecuencia de los delitos o en su clasificación penal, sino en la magnitud del daño que producen en la sociedad y en distintos sectores afectados (199). La evaluación se realiza a través de un análisis sistemático y empírico

explícitos de legitimidad, asegurando que los daños considerados en la evaluación sean aquellos que pueden justificarse de manera razonada y transparente GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.*, p. 104. En este sentido, el proceso de evaluación incluye una fase específica de análisis de causalidad, en la que se examina el vínculo entre el daño identificado y la actividad criminal de origen, considerando la posibilidad de que los daños sean consecuencia de políticas de control más que de la actividad en sí misma GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.*, p. 109. Pero si hay un desafío complejo para la evaluación del daño es la cuestión de la conmensurabilidad de los daños y, en relación con ella, de su medición. Y no sólo porque la diversidad de daños dificulta su comparación, ya que afectan a diferentes tipos de actores y presentan grados variables de impacto, sino por la dificultad de dar una medida a algunos tipos de daños morales y psicológicos y compararlos con otros. Para abordar esta dificultad, proponen un enfoque basado en la estandarización de las medidas de evaluación, utilizando escalas comunes que permitan la comparabilidad dentro de clases de portadores de daños, aunque sin intentar una conmensurabilidad absoluta entre clases distintas GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 117. En este sentido, el marco analítico ofrece una solución pragmática que permite la agregación de daños dentro de categorías homogéneas y facilita la identificación de patrones de acumulación de daños a lo largo del tiempo.

(198) PAOLI, L. y GREENFIELD, V., «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *op. cit.*

(199) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.* Un desarrollo aún más completo en GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.*

que utiliza tanto datos cuantitativos como cualitativos, y que permite estructurar la información en una serie de matrices y escalas que facilitan su comparación y su aplicación en el diseño de estrategias de intervención más racionales y focalizadas en los problemas más urgentes. El primer paso en la aplicación del *HAF* consiste en la construcción o análisis del «modelo de negocio» de la actividad delictiva que se está analizando, en el sentido de adquirir la comprensión de la estructura operativa y funcional del delito para poder identificar cómo impacta en la sociedad y genera daño (200). El siguiente paso consistirá en identificar los daños asociados a la actividad criminal y los distintos actores que la sufren, atendiendo a la actividad que produce el evento dañino, el tipo de daño y su portador. Para poder llevar a cabo, Paoli y Greenfield proponen una taxonomía del daño que clasifica los efectos negativos del delito en distintos niveles y categorías según las dimensiones de interés y los portadores que los sufren (201). Esta clasificación se estructura en torno a cuatro grandes dimensiones del daño: a) integridad funcional, b) apoyo material, c) reputación y d) privacidad/autonomía, cada una de las cuales afecta a distintos actores, que pueden ser bien a) individuos, b) entidades del sector privado, c) gobierno e instituciones y, d) el medio ambiente (202). Esta taxonomía, además, no

(200) Este modelo de negocio no solo se aplica a delitos convencionales como el tráfico de drogas, la trata de personas o la corrupción, sino también a actividades delictivas más complejas como el crimen organizado transnacional, las actividades ilícitas en mercados financieros o los delitos ambientales, donde las estructuras operativas pueden ser más sofisticadas y los daños pueden manifestarse de manera indirecta GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.* Para ello, se desglosa la actividad en fases operativas que incluyen desde las primeras etapas del delito hasta sus consecuencias finales, considerando factores como los actores involucrados, las estrategias utilizadas para la comisión del delito, los recursos requeridos y los ámbitos en los que opera. También, GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., *Assessing the harms of crime: A new framework for Criminal Policy*, *op. cit.*

(201) PAOLI, L. y GREENFIELD, V., «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *op. cit.*

(202) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 91. La integridad funcional se refiere a la capacidad de los individuos, entidades y el medio ambiente para operar eficazmente en su entorno. Para los individuos, abarca la integridad física, psicológica e intelectual, que pueden verse afectadas por daños graves, traumas o discapacidades GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 94; para las entidades privadas y gubernamentales, se trata de mantener la capacidad operativa frente a delitos; finalmente, para el medio ambiente, implica conservar el equilibrio ecológico ante impactos negativos como la contaminación o la deforestación GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 97. El daño al apoyo material incluye pérdidas económicas que afectan a individuos (bienes,

solo permite una evaluación sistemática de su gravedad e incidencia, sino que también facilita la identificación de efectos estructurales que pueden surgir con el tiempo. En particular, Greenfield y Paoli enfatizan que muchos de los daños derivados del delito no se limitan a sus efectos inmediatos sobre las víctimas directas, sino que también generan repercusiones que afectan a comunidades enteras, influyendo en la estabilidad económica, la cohesión social y la percepción de seguridad (203). Además, estos efectos pueden ser acumulativos, es decir, el impacto del delito no se mide solo en términos de eventos individuales, sino también considerando la repetición y acumulación de daños a lo largo del tiempo, lo que puede contribuir a la marginalización de ciertas poblaciones y al debilitamiento de las instituciones democráticas (204).

El tercer paso del proceso de evaluación del daño en el HAF consiste en la evaluación de la gravedad y la incidencia del daño, un proceso que no se basa en apreciaciones subjetivas o arbitrarias, sino en un sistema estructurado de escalas de medición diseñadas para proporcionar una valoración objetiva y sistemática. La gravedad del daño se determina a través de una escala ordinal que considera distintos

ingresos), empresas (activos, costos de reparación) y gobiernos (costos de respuesta al crimen, impacto en la recaudación) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, pp. 95-96. Estos daños pueden tener efectos inmediatos o estructurales si la criminalidad compromete el crecimiento económico y la inversión. Por su parte, el daño a la reputación implica la afectación de la percepción pública y la credibilidad. Para los individuos, puede suponer estigmatización o exclusión laboral; para empresas y gobiernos, pérdida de confianza e imagen institucional, con potencial disminución de la legitimidad estatal y cohesión social GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, pp. 97-99. Por último, la dimensión de privacidad y autonomía (que reconocen que están relacionadas, pero son distintas entre sí), integrarían las violaciones del derecho de los individuos y entidades a mantener el control sobre su información personal y su capacidad de tomar decisiones libres de coerciones externas. Para los individuos, esto puede incluir la vigilancia no autorizada, la explotación de datos personales o la restricción de su libertad de movimiento y decisión, como en el caso de la trata de personas GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 95. Para las empresas y el gobierno, el daño a la privacidad y autonomía puede derivarse de la exposición de información confidencial o la manipulación de decisiones institucionales por actores criminales, como en los casos de corrupción y ciberataques GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 96. A largo plazo, este tipo de daño puede socavar la confianza en las instituciones y erosionar la capacidad del Estado y del sector privado para operar con transparencia y eficacia.

(203) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 98).

(204) GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 100.

factores, como el grado de afectación del bienestar individual, la estabilidad de las instituciones y el impacto en la cohesión social. Paralelamente, la incidencia del daño se mide en función de su frecuencia y persistencia dentro de la sociedad, permitiendo diferenciar entre daños que ocurren esporádicamente y aquellos que presentan una continuidad sostenida en el tiempo (205).

El cuarto paso del proceso de evaluación del daño consiste en la priorización de los daños identificados mediante una matriz de evaluación, en la que se combinan los niveles de gravedad e incidencia previamente establecidos. Esta matriz permite estructurar de manera sistemática la clasificación de los daños según su impacto y recurrencia, proporcionando una base objetiva para diferenciar aquellos daños que requieren una intervención inmediata de aquellos cuya mitigación

(205) Por un lado, la escala de gravedad permite evaluar el impacto de los daños en individuos, entidades privadas, gobiernos o el medio ambiente, clasificándolos en cinco niveles de severidad. El nivel más alto corresponde a daños «catastróficos», como la muerte, el colapso institucional o la destrucción irreversible de un ecosistema GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 106. Un nivel inferior son los daños «graves», que, aunque no irreparables, afectan notablemente la capacidad de recuperación, como lesiones permanentes, quiebra empresarial o corrupción severa en instituciones públicas. Los daños «serios» tienen afectaciones importantes pero reversibles, como la pérdida temporal de empleo o el daño reputacional de una organización. Los daños «moderados» generan problemas manejables, como pérdidas económicas menores o daños transitorios en infraestructuras. Finalmente, los daños «marginales» representan afectaciones leves que no alteran la funcionalidad, como el deterioro menor de bienes o impactos limitados en la calidad de vida GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 107. Las autoras presentan además una escala de incidencia, que clasifica la frecuencia de los daños en cinco niveles. Los daños «continuos» ocurren de manera constante y generalizada, como el tráfico de drogas o la corrupción endémica en la administración pública GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 111. Los daños «persistentes» no son ininterrumpidos, pero ocurren con suficiente recurrencia para generar preocupación, como delitos financieros que afectan periódicamente los mercados. Los daños «ocasionales» aparecen de forma intermitente, sin regularidad definida, como ciertos episodios de violencia urbana. Los daños «raros» son excepcionales, como ataques terroristas aislados o fraudes empresariales poco frecuentes. Los daños «muy raros» tienen una probabilidad extremadamente baja de ocurrir, como eventos delictivos extraordinarios en circunstancias excepcionales GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 112. El uso conjunto de ambas escalas permite una evaluación precisa de los daños y la priorización en la política criminal. Así, se pueden distinguir daños severos, pero poco frecuentes de aquellos menos graves pero recurrentes, facilitando estrategias de mitigación efectivas y centradas en daños con alta incidencia y gravedad, mientras se previenen los de baja ocurrencia, pero impacto significativo GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 114.

puede gestionarse a largo plazo (206). A través de este mecanismo, además, se facilita la toma de decisiones en materia de política criminal, permitiendo asignar recursos y diseñar estrategias de intervención en función de la relevancia y urgencia de cada daño dentro del contexto analizado (Paoli & Greenfield, 2013). Finalmente, el HAF concluye con un proceso detallado de análisis de la causalidad de los daños, un paso esencial para comprender las relaciones entre los daños identificados y las actividades criminales que los generan. Este análisis permite diferenciar entre aquellos daños que pueden ser directamente atribuidos a una actividad criminal específica y aquellos que surgen como resultado de factores secundarios o terciarios, incluyendo la implementación de políticas gubernamentales, respuestas institucionales y efectos colaterales que pueden amplificar o modificar el impacto del daño original (207).

(206) La matriz de evaluación sigue una lógica progresiva para identificar áreas prioritarias según la combinación de gravedad e incidencia del daño. Los daños con alta gravedad e incidencia requieren atención inmediata por su impacto continuo y significativo en la sociedad, como la violencia sistemática, la corrupción estructural o los crímenes organizados, que afectan múltiples sectores y generan daños acumulativos), GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 117. En el extremo opuesto, los daños de baja gravedad e incidencia son menos prioritarios, ya que no representan una amenaza estructural relevante y pueden manejarse con menos recursos, como delitos menores o crímenes ocasionales sin repercusiones prolongadas GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 118. Entre ambos extremos se encuentran daños con combinaciones variables de gravedad e incidencia. Los daños de alta gravedad, pero baja incidencia, como ataques terroristas esporádicos o grandes fraudes financieros poco frecuentes, presentan un reto político debido a su alto impacto individual pero baja probabilidad GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 119. En cambio, los daños de baja gravedad, pero alta incidencia, como vandalismo o pequeños hurtos, no son graves individualmente pero su recurrencia constante puede afectar la percepción de seguridad, justificando políticas de reducción GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 119. Por su parte la matriz de priorización permite establecer umbrales de intervención y estrategias diferenciadas. Los daños en la parte superior de la matriz requieren medidas de contención inmediatas, mientras que los intermedios pueden abordarse con estrategias de prevención y reducción a mediano y largo plazo GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 120. Según las autoras, su implementación no requiere un acceso exclusivo a grandes bases de datos o modelos estadísticos complejos, sino que puede aplicarse mediante una combinación de datos empíricos y conocimientos expertos, facilitando su uso tanto en contextos de análisis criminal como en la formulación de políticas públicas GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 121.

(207) La correcta identificación de estas relaciones causales no solo facilita una mejor comprensión del origen y evolución del daño, sino que también permite evaluar hasta qué punto ciertos efectos negativos son una consecuencia inevitable de

V. VALORACIÓN DEL DAÑO: TAREA COMPARTIDA ENTRE DISCIPLINAS

Hemos empezado este trabajo planteando si el daño puede constituir un objeto de estudio que complemente o incluso sustituya al delito en la criminología, el derecho penal y la política criminal, y creo haber mostrado que, en cada una de ellas, el daño ha sido un objeto de estudio y de praxis presente, particularmente en la construcción de los principios de legitimación del derecho penal y en el desarrollo de marcos criminológicos que buscan trascender la referencia exclusiva al delito. A mi parecer el daño no solo es un concepto relevante para derecho penal, criminología y política criminal, sino que podría convertirse en un eje vertebrador que facilite la convergencia entre lo normativo y lo empírico, permitiendo una mejor fundamentación de las decisiones político-criminales. Pero ello lo lograremos, sobre todo, por medio del uso de herramientas metodológicas como el HAF o similares, que traten de analizar sistemática y rigurosamente los daños y las políticas frente a los mismos. A mi parecer el Harm Assessment Framework (HAF) desarrollado por Paoli y Greenfield representa una propuesta metodológica compleja pero potencialmente adecuada para la configuración de un sistema de valoración del daño asociado al crimen y a otros daños que debieran ser catalogados como tales. La sofisticación de su estructura no solo deviene de la variedad de dimensiones que incorpora para evaluar los efectos del crimen en individuos, instituciones y el entorno, sino esencialmente del modo en el que busca conjugar principios normativos con herramientas empíricas para traducir el concepto de daño en un sistema operativamente viable. No puede negarse que se trata de un marco cuya puesta en marcha no resultará sencilla, pero su dificultad es consecuencia inevitable de la ambición del proyecto y de la magnitud del desafío que aborda: ofrecer una evaluación potencialmente objetiva, sistemática y aplicable a la toma de decisiones en política criminal. A mi parecer ese es uno de sus méritos fundamentales: su capacidad para estructurar de manera rigurosa la evaluación del daño sin caer en simplificaciones reduccionistas. Es decir, de afrontar la complejidad del proceso de valorar los daños y de establecer prioridades en la respuesta a los mismos introduciendo

la actividad criminal o, por el contrario, son generados o exacerbados por estrategias de aplicación de la ley, fallos en la regulación o factores estructurales preexistentes GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, p. 120. También en GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*

mecanismos sofisticados y complejos para mejorar la toma de decisiones y diseñar estrategias de intervención justas, eficaces y realistas. Por tanto, y aunque no es el objetivo de este trabajo el realizar una valoración crítica definitiva de este proceso, sí considero que el HAF no sólo es una contribución valiosa y necesaria al debate sobre la valoración del daño en el ámbito del delito, sino que podría constituir una alternativa muy seria y rigurosa para ser desarrollada como un marco sólido para la toma de decisiones político criminales justas y eficaces a partir de la idea de daño.

Creo, además, que este tipo de herramientas estructuradas pueden resultar especialmente útiles para la praxis político-criminal, no solo por su capacidad de sistematizar la evaluación de los daños y los efectos del delito en diferentes ámbitos, sino porque ofrecen un marco que mejoraría significativamente la trazabilidad de las decisiones en materia de política criminal. En un contexto en el que la formulación de estrategias de control del crimen sigue dependiendo en gran medida de intuiciones, percepciones políticas y presiones sociales, el uso de herramientas sistemáticas y basadas en evidencia empírica no sólo sirve para fundamentar las decisiones en diagnósticos más precisos y rigurosos, sino para tratar de reducir la arbitrariedad en la toma de decisiones. Al establecer criterios explícitos para determinar qué constituye un daño, cuál es su gravedad, con qué frecuencia ocurre y qué acciones pueden mitigar sus efectos, estos marcos permiten no solo clarificar los términos del debate, sino también proporcionar una estructura analítica que obliga a la argumentación en unos términos racionales predefinidos. En un ámbito tan cargado de subjetividad y disputas teóricas como la valoración de lo que es daño o no, propuestas de este tipo destacan por su intento de dotar de coherencia y precisión a un proceso que tradicionalmente ha sido tratado de manera fragmentaria y asistemática. Es indiscutible que la aplicación de un marco así probablemente no eliminará por completo la subjetividad, pero al configurarse como un sistema argumentativo la hará más complicada, convirtiendo el proceso en un camino hacia el acuerdo respecto a la valoración de lo que es lesivo. Y también es difícilmente discutible, por tanto, que una política criminal que se apoyara en la implementación de modelos de este tipo sería una en la que habría una discusión más informada sobre qué se debe proteger, qué se debe evitar y qué instrumentos de intervención resultan más adecuados en función de criterios verificables, aumentando así la posibilidad de que disminuyan la influencia de intereses particulares y percepciones subjetivas en la orientación de las políticas públicas.

Porque es fundamental reconocer que la valoración del daño no puede reducirse ni a un mero ejercicio empírico basado en la medición de efectos observables ni a una deliberación exclusivamente normativa sobre lo que debería ser considerado un daño relevante en términos político-criminales. A mi parecer, cualquier intento de evaluar de manera rigurosa los daños asociados al crimen debe integrar dos dimensiones esenciales: el análisis normativo y el análisis empírico, los cuales operan de manera complementaria y permiten dotar al proceso evaluativo de un equilibrio entre fundamentación teórica y evidencia verificable. La criminología y la dogmática penal, en este sentido, más que atribuirse competencias en exclusiva o mirarse de espaldas, lo que debieran es colaborar y distribuirse las tareas para una mejor definición de la política criminal. El punto de partida puede ser, como viene haciendo la dogmática penal, la definición del sistema de principios de criminalización y de legitimación de la intervención penal que delimiten los intereses jurídicos y sociales que merecen protección y ante qué tipo de comportamientos. Pero eso implica, a su vez, ir más allá de la propia dogmática penal. La noción de daño requiere, en primer lugar, una concepción filosófica y normativa subyacente que determine qué cuenta como daño, en qué circunstancias y por qué razones. Sin ánimo de exhaustividad, y sin tomar posición aquí, bastará a los efectos de este trabajo afirmar que nunca será lo mismo construir la noción de daño desde perspectivas idealistas kantianas o *rawlsianas*, donde la noción de daño se configure en función de principios universales de justicia, derivados de la razón práctica o de un hipotético contrato social basado en la equidad, que desde posiciones escéptico-relativistas como las de Mackie donde el daño no podría entenderse como una categoría normativa universal, sino como una construcción arbitraria dependiente de valores y acuerdos sociales contingentes (208). Como no sería lo mismo hacerlo desde bases contractualistas como las de Thomas Scanlon (209), donde lo relevante no es la afectación material sino aquello que, en un marco deliberativo, ninguna persona afectada podría rechazar razonablemente en un marco de justificación intersubjetiva; que desde una perspectiva pragmática como la de Amartya Sen, en la que el énfasis no debe ponerse en su justificación moral abstracta, sino en sus efectos reales en forma

(208) MACKIE, J. L., *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, New York, 1977.

(209) SCANLON, T. M., *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1998.

de restricciones a las capacidades fundamentales de los individuos para llevar la vida que valoran (210).

A su vez el análisis normativo no puede, o al menos no debe, realizarse por sí solo y a espaldas del conocimiento empírico sobre cómo afectan realmente las conductas a las personas y a los entornos sociales, sobre cómo reducen las expectativas y las posibilidades de vida; y también acerca de cómo se puede responder efectivamente a ello. Es aquí donde entra en juego el análisis empírico, cuya función es proporcionar datos objetivos por medio de metodologías cuantitativas y cualitativas que permitan medir la incidencia y la gravedad de los distintos daños, incorporando indicadores verificables que permitan comparaciones sistemáticas que ayuden a estandarizar la valoración de los daños en función de criterios objetivos que puedan ser discutidos y argumentados. Esto es lo que permite hacer efectiva, en la política criminal, la idea de Sherman de que «todos estamos legitimados para tener nuestras propias opiniones, pero no nuestros propios hechos» (211). Definir qué debe ser considerado un daño relevante para la intervención del derecho penal exige, también, medir y comparar los efectos del crimen y de las políticas frente a él y discutir y debatir sobre modelos desde las mismas realidades o los mismos hechos. Y ambas tareas no pueden llevarse a cabo de forma separada sino, al menos, dialogada. Sólo así podremos garantizar que las decisiones político-criminales derivadas de su aplicación

(210) SEN, A., *op. cit.* Es precisamente desde estos presupuestos desde los que GREENFIELD, V. A., y PAOLI, L., «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *op. cit.*, pp. 88 y ss, y p. 96. Como digo, no es el momento aquí de realizar una valoración crítica de la teoría de la justicia de Sen como presupuesto para la construcción de la idea de daño. Sí diré que, al centrarse en la reducción de injusticias concretas en lugar de en la construcción de un modelo ideal, esta teoría de la justicia cuadra particularmente bien con la idea de las autoras de una valoración del daño más flexible y adaptada a las consecuencias reales sobre la vida de las personas. Además, y desde la perspectiva de lo que, con razón, demanda la zemiología de ir en la idea de daño más allá de los intereses jurídicos reconocidos formalmente en un momento dado por un ordenamiento jurídico, su *capability approach*, al evaluar la justicia en función de las capacidades de los individuos, permite integrar en la idea de daño otras afectaciones y, también, factores estructurales como la desigualdad y la exclusión social. Sin embargo, esta misma flexibilidad de la teoría de la Justicia de SEN podría plantear también problemas derivados de la ausencia de principios normativos o bien universales o aceptados sobre bases procedimentales SEN, A., *op. cit.* Creo, en todo caso, que no debería descartarse la posibilidad de complementar las bases de la teoría de Sen con otros enfoques normativos más estructurados que permitan dotar de mayor precisión y estabilidad a la definición del daño. Esto podría contribuir a consolidar un marco de evaluación del daño que no solo fuera operativamente viable, sino también normativamente justificable en el contexto de la justicia penal y la política criminal, y todo ello sin perder la flexibilidad que caracteriza esta aproximación.

(211) SHERMAN, L., *op. cit.*

sean legítimas y efectivas o, efectivas, y por tanto también legítimas. El gran acierto de situar al daño en el centro del estudio de aquello que ocupa a quienes les interesa saber cómo responde y cómo debe hacerlo el sistema de justicia penal a lo que daña a otro, es que sitúa, a su vez, a la praxis político criminal en el centro de la relación entre derecho penal y criminología. Al obligar al derecho penal a argumentar sobre el daño sitúa su papel fundamental en la crítica política criminal, en la determinación de qué es aquello que merece una respuesta punitiva determinada y porqué. Al obligar a la criminología a que valore si algo es lesivo, merezca o no merezca una respuesta del sistema de control penal formal, sitúa a esta ciencia esencialmente empírica en el camino de identificar aquello que, normativamente, puede merecer una respuesta determinada o más bien no hacerlo. Hablar el lenguaje del daño es hablar el lenguaje de la política criminal. Desde hace mucho tiempo creo que tenía razón Von Liszt cuando situaba en el centro de las disciplinas del conocimiento relacionadas con el delito (y el daño) a la política criminal. Hablar de daño, obligarnos a discutir sobre ellos, exigirnos medirlos, cuantificarlos y valorarlos, nos ayuda a comprender que nuestras disciplinas, criminología y derecho penal, ganan fuerza cuando se unen y orientan hacia la política criminal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTSON, K.: y FOX, Chris, *Crime and Economics: An Introduction*. Willan, 1.^a ed, London, 2011, pp. 121 y ss.
- AMBOS, K.: «The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the *Harm principles*». *Criminal Law and Philosophy*, Vol 9, 2013, pp. 301-329. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9266-1>.
- ASHWORTH, A. y HORDER, J.: *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 7.^a ed, Oxford, 2013, p. 28.
- BARATTA, A.: *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Bünstner, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 87
- BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*. Tirant Lo Blanch, 1.^a ed.: Valencia, 2013.: pp. 338
- BRADLEY, B.: «Doing Away with Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol 85 (2), 2013, pp. 390-412. <https://doi.org/10.1111/j.1933-1592.2012.00615.x>.
- BRINK, D. O.: *Mill's Progressive Principles*. Oxford University Press, Edición Online, 2013, Oxford. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199672141.001.0001>.

- BONGER, W. A.: *Criminality and Economic Conditions*, The University of London Press, 1932
- CHALFIN, A.: «Economic Costs of Crime, JENNINGS, W. G. (Ed.), *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, Wiley Blackwell, Nueva Jersey, 2013, pp. 1-12.
- CLARK, F. H.: «The seriousness of offenses as judged by offenders and by students of sociology». *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 12 (2), 1922, pp. 263-74.
- COHEN, M. A.: *The Costs of Crime and Justice*, Routledge, 2.ª edición, 2020.
- «Pain, suffering, and jury awards: A study of the cost of crime to victims». *Law & Society Review* Vol. 22 (3), 1988, pp. 537-55. <https://doi.org/10.2307/3053629>.
- «A Note on the Cost of Crime to Victims», *Urban Studies* Vol. 27 (1), 1990, pp. 139-46. <https://doi.org/10.1080/00420989020080081>
- COHEN, M. A.: y BOWLES, R.: «Estimating Costs of Crime», en PIQUERO, A. y WEISBURD, D. (Eds.) *Handbook of Quantitative Criminology*, Springer, Nueva York, 2009, pp. 143-62. https://doi.org/10.1007/978-0-387-77650-7_8.
- COPSON, L. 2018. «Beyond “Criminology vs. Zemiology”: Reconciling Crime with Social Harm», en Boukli, A. y Kotzé, J. (Eds.), Palgrave Macmillan Cham, 1st ed.: pp. 33-56. https://doi.org/10.1007/978-3-319-76312-5_3.
- CULLEN, F. T.: LERO JONSON, C. y S. NAGIN, Da, «Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science», *The Prison Journal* Vol 91 (3), 2011, pp. 48-65. <https://doi.org/10.1177/0032885511415224>.
- DAN-COHEN, M.: «Basic Values and the Victim’s State of Mind», *The Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish, California Law Review* Vol. 88 (3), 2000, pp. 759-778. <https://doi.org/10.2139/ssrn.207028>
- DE FINE LIGHT, K. y FOLLAND, A.: «Defining ‘Social Sustainability’: Towards a Sustainable Solution to the Conceptual Confusion», *Etikk i praksis – Nordic Journal of Applied Ethics*, Vol. 13, n.º 2, 2019, pp. 21-39.
- DE HAAN, W.: *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*, Routledge, 2024, pp. 236.
- DELMAS-MARTY, M.: *Modelos actuales de política criminal*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1986.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales. La contribución de v. Liszt». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* Vol. 20 (12), 2018, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6664138>.
- «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* Vol. 23 (2), 2021, ISSN-e 1695-0194. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7911316>.
- «El modelo político-criminal de la inclusión social». *Boletín criminológico*, Vol 30 (230), 2024, pp. 1-44. <https://doi.org/10.24310/bc.30.2024.20676>
- *Delitos Y Penas En España*, Catarata, 1.ª ed.: Madrid, 2015, pp. 220.

- DOLAN, P.: LOOMES, G.: PEASGOOD, T.: & TSUCHIYA, A.: «Estimating the intangible victims' costs of violent crime», *The British Journal of Criminology*, bol. 47, 2007, pp. 121 y ss.
- DOMÍNGUEZ, P. y RAPHAEL, S.: «The Role of the Cost-of-Crime Literature in Bridging the Gap Between Social Science Research and Policy Making», *Criminology & Public Policy* Vol.14 (4), 2015, pp. 589-632. <https://doi.org/10.1111/1745-9133.12148>.
- DONINI, M.: «La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método: raíces nacionales y desarrollos supranacionales», *Nuevo Foro Penal* Vol. 7 (77), 2011, pp. 43-83.
- DOYAL, L. y GOUGH, I.: *A Theory of Human Need*, Red Globe Press, 1.ª ed.: Londres, 1991, pp. 8-9 <https://doi.org/10.1007/978-1-349-21500-3>.
- DUFF, R. A. y MARSHALL, S. E.: «“Abstract Endangerment”, Two Harm principles, and Two Routes to Criminalisation», *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* Vol 3 (2), 2015, pp. 132-61. <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v3i2.905>.
- DUSSICH, J. P. J.: «The Evolution of International Victimology and Its Current Status in the World Today», *Revista de Victimología*, n.º 1, 2015, pp. 37-81.
- EDWARDS, J.: «Harm principles», *Legal Theory* Vol. 20 (4), 2014, pp. 253-85. <https://doi.org/10.1017/S135232521500004X>.
- EDWARDS, T.: P.: Retributivists! The Harm principle is Not for You! *Ethics*, vol. 124, n.º 2, 2014, pp. 272-298.
- EISNER, M. H.: «Modernización, autocontrol y violencia interpersonal: ensayo de una teoría de la civilización violenta», *European Journal on Criminal Policy and Research* Vol. 3(2), 1995, pp. 27-43.
- FEINBERG, J.: *Harm to Others: 1*, Oxford University Press, Nueva York, 1987, pp. 33 y ss.
- FERRAJOLI, L. 2012. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta Editorial, 10.ª ed, 2018, pp. 1024.
- FLETCHER, G. P.: *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*. Oxford University Press, 2007.
- FOLLAND, A.: «The Harm principle and the Nature of Harm», *Utilitas* Vol. 34 (2), 2022, pp. 139-53. <https://doi.org/10.1017/S0953820821000352>.
- FORNASARI, G.: «Viejas conquistas y nuevas fronteras del principio de ofensividad en la experiencia penalista italiana.», *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 73, 2018. <https://doi.org/10.22370/rcs.2018.73.2261>.
- FOUCAULT, M.: *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Vintage Books, 1977.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, Tirant lo Blanch, 8a Edición, Valencia, 2016.
- *Introducción al derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 4a ed.: Madrid, 2006.
- *Tratado de Criminología*, Tirant Lo Blanch, 5a ed.: 2014, pp. 29 y ss.
- GARDNER, J.: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007.

- GARDNER, J. y SHUTE, S.: «The Wrongness of Rape», en Horder, Jeremy (Ed.) *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, pp. 201-32. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199239351.003.0001>.
- GARRIDO GENOVÉS, V.: STANGELAND, P. y REDONDO, S.: *Principios de Criminología*, Tirant Lo Blanch, 4.ª ed.: Valencia, 2013, p. 47.
- GIBNEY, Ed y WYATT, T.: 2021. «Rebuilding the *Harm principle*: Using an Evolutionary Perspective to Provide a New Foundation for Justice», Davies, Pamela, Leighton, Paul Y Wyatt, Tanya (Eds.) *The Palgrave Handbook of Social Harm*, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 349-76. https://doi.org/10.1007/978-3-030-72408-5_14.
- GÓMEZ POMAR, F.: «Damages for Pain and Suffering», *InDret*, n.º 1, 2000.
- GORING, C. B.: *The English Convict; a Statistical Study*. 1.ª ed. His Majesty's Stationery Office (H. M. S. O.), 1913. <http://archive.org/details/englishconvictst00goriuoft>.
- GREEN, P. y WARD, T.: *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. Pluto Press, 2004. <https://doi.org/10.2307/j.ctt18fs3bm>.
- GREENFIELD, V. A. y PAOLI, Letizia, «A Framework to Assess the Harms of Crimes», *The British Journal of Criminology* Vol. 53 (5), 2013, pp. 864-85. <https://doi.org/10.1093/bjc/azt018>.
- *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy*, Oxford University Press, 1.ª edición, 2022, pp. 368.
- HARCOURT, B.: «The Collapse of the *Harm principle*», *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 90 (1), 1999, pp.109.
- HEEKES, M.: REED, S.: TAFSIRI, M. y PRINCE, S.: «The Economic and Social Costs of Crime Second Edition», *Home Office Research Report*, 2018. <https://www.gov.uk/government/publications/the-economic-and-social-costs-of-crime>.
- HEFENDEHL, R. (Coord.), *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016.
- HENRY, S. y MILOVANOVIC, D.: *Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism*. SAGE Publications, 1a ed.: 1996.
- HILLYARD, P. y TOMBS, S.: *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*. Pluto Press, Londres, 2004.
- «From “crime” to social harm?», *Crime, Law and Social Change* Vol. 48, 2007, pp. 9-25. <https://doi.org/10.1007/s10611-007-9079-z>.
- HINDELANG, M. J.: HIRSCHI, T. y WEIS, J. G.: *Measuring Delinquency*. SAGE Publications, 1a ed, 1981.
- HOLTUG, N.: «The *Harm principle*», *Ethical Theory and Moral Practice* Vol. 5 (4), 2022, pp. 357-89. <https://doi.org/10.1023/A:1021328520077>.
- HUGHES, G.: «Book Review: Beyond Criminology: Taking Harm Seriously», *Social & Legal Studies* Vol. 15 (1), 2006, pp. 157-59. <https://doi.org/10.1177/096466390601500113>.

- HULSMAN, L. H. C.: «Critical Criminology and the Concept of Crime». *Contemporary Crises* Vol. 10 (1), 1986, pp. 63-80. <https://doi.org/10.1007/BF00728496>.
- HUSAK, D.: *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 71. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195328714.001.0001>.
- JAKOBS, G.: JAKOBS, G.: «¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», en Maier, J. B. Y Córdoba, G. E. (Eds.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.
- JAREBORG, N. 1995 «What Kind of Criminal Law Do We Want?», SNARE, A. (Ed.) *Beware of Punishment* Vol. 14, Scandinavian Studies in Criminology, 1995, pp. 17-36. <https://doi.org/10.18261/8253017766-02>.
- JELLINEK, G.: *Teoría general del estado*, Fondo Cultura Económica, 1.ª edición, 2000.
- JESCHECK, H.-H.: OLMEDO CARDENETE, M. D. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Marcial Pons, 5.ª ed, Granada, 2003.
- JIMÉNEZ, E. B.: *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, 3.ª edición, 2021.
- JONAS, M.: «Assessing Baselines for Identifying Harm: Tricky Cases and Childhood», *Res Publica* Vol. 22, 2016, pp. 387-404. <https://doi.org/10.1007/s11158-015-9293-y>.
- KAHLO, M. 2016. «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», Hefendehl, Roland (Coord.), *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016.
- KLOCKSIEM, J.: «A Defense of the Counterfactual Comparative Account of Harm», *American Philosophical Quarterly* Vol. 49 (4), 2012, pp. 285-300.
- KÖHLER, M.: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Springer, 1997.
- KOTZÉ, J.: «Criminology or Zemiology? Yes, Please! On the Refusal of Choice Between False Alternatives», en Boukli, Avi Y Kotzé, Justin *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 85-106. https://doi.org/10.1007/978-3-319-76312-5_5.
- KRAMER, R. C. y MICHALOWSKI, R. J.: «War, Aggression and State Crime: A Criminological Analysis of the Invasion and Occupation of Iraq». *The British Journal of Criminology* Vol. 45 (4), 2005, 446-69. <https://doi.org/10.1093/bjc/azi032>.
- LACEY, N. y ZEDNER, L.: «Criminalization: Historical, Legal, and Criminological Perspectives», en Liebling, Alison, Maruna, Shadd Y Mcar, Leslie (Eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2023, pp. 53-74. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198860914.003.0002>
- LAHTI, R.: «Redefining the area of criminal behavior: offences against the person», en Lahti, R.: *Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice: Nordic Essays on Criminal Law, Criminology and Criminal Policy 1972-2020*, Helsinki, 2021, p. 74.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de derecho público* n.º 5, 1998, pp. 159-90.
- LAUDAN, L.: *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. University of California Press, 1978.
- LEVI, M.: «Assessing the Trends, Scale and Nature of Economic Cybercrimes: Overview and Issues», *Crime, Law and Social Change* Vol. 67 (1), 2017, pp. 3-20. <https://doi.org/10.1007/s10611-016-9645-3>.
- LOADER, I. y SPARKS, R.: *Public Criminology?* Routledge, 1a Edición, 2010, pp. 208.
- LOOMES, G.; PEASGOOD, T.; TSUCHIYA, A. y DOLAN, P.: «Estimating the Intangible Victim Costs of Violent Crime», *The British Journal of Criminology* Vol. 45 (6), 2005, pp. 958-76. <https://doi.org/10.1093/bjc/azi029>.
- MACCORMICK, N. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford University Press, 1982. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198255024.001.000>
- MACKIE, J. L.: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, Nueva York, 1977.
- MAÑALICH RAFFO, J. P.: «El principialismo político-criminal como fetiche», *Revista de estudios de la justicia* n.º 29, 2018, pp. 59-71.
- MENDELSON, B.: «New Bio-Psycho-Social Horizons: Victimology», *State Hospital «Coltzea»*, Bucharest, Romania, 1947.
- MICHALOWSKI, R. J. y KRAMER, R. C.: *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. Rutgers University Press, London, 2006.
- MILL, J. S.: *On Liberty*, Createspace Independent Publishing, 2018, pp. 91 y ss.
- MILLER, T.; COHEN, M. y WIERSEMA, B.: «Crime in the United States: Victim costs and consequences», *Journal of Quantitative Criminology* Vol. 11 (2), 1996.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, 10a ed. Barcelona, 2015, p. 55.
- MIRO LLINARES, F.: «La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del Derecho penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Vol. 17-23, 2015, pp. 1-23.
- MIRO LLINARES, F.: «Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en Bacigalupo Saggese, Silvina, Feijoó Sánchez, Bernardo José, Echano Basaldua, Juan Ignacio (Coords.) *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
- «La función de la pena ante «el paso empírico» del derecho penal», *Revista General de Derecho Penal* n.º 27(6), 2017.
- «Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal», en GONZÁLEZ CUSAAC, J. L. (Dir.) y LEÓN ALAPONT, J. (Ed.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 599-620.

- MIRO LLINARES, F.: *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Tirant Lo Blanch, 1.^a Edición, Valencia, 2022.
- «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», en Muñoz Sánchez, J.: Corral Maraver, N.: García Magna, D.: Pérez Jimenez, F.: Prado, Bertha (Eds.), Cerezo Domínguez, A. I.: García Pérez, O.: Rando Caserme, P. (Dir.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis, Tirant lo Blanch*, 2a ed.: 2023, pp. 693-705.
- MIRÓ LLINARES, F. y GÓMEZ BELLVÍS, A.: «Aproximación a la política criminal y las instituciones del control del delito en España», *Instituciones de control del delito*, Dykinson, 2022, pp. 19-41.
- MUNCIE, J.: «Decriminalizing Criminology», en Lewis, Gail, Gewirtz, Sharon, Clark, John H. (Eds.) *Rethinking Social Policy*, SAGE Publications, 2000, pp. 217-28.
- O'MALLEY, P.: «Justice without crime and punishment? Security, harm and compensation in a neoliberal world», en Carlen, Pat, Ayres Franca, Leandro (Eds.) *Justice Alternatives*, Routledge, 2019.
- PAOLI, L. y GREENFIELD, V.: «Starting from the End: A Plea for Focusing on the Consequences of Crime», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 23, 2015, pp. 87-100. <https://doi.org/10.1163/15718174-23022062>.
- «Harm: A Substitute for Crime or Central to It?», Boukli, A. y Kotzé, J. *Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm*, Springer International Publishing, 2018, pp. 57-84. https://doi.org/10.1007/978-3-319-76312-5_4.
- «Harm: a Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 21, 2013, pp. 359-77. <https://doi.org/10.1163/15718174-21042034>
- PAOLI, L.: GREENFIELD, V. A. Y ZOUTENDIJK, A.: «The Harms of Cocaine Trafficking: Applying a New Framework for Assessment», *Journal of Drug Issues* Vol. 43 (4), 2013, pp. 407-36. <https://doi.org/10.1177/0022042613475614>.
- PARIONA ARANA, R.: «El Derecho penal «moderno». Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», *Derecho Penal y Criminología* Vol. 27 (82), 2006, pp. 155-74.
- PEASE, K.: «Judgements of crime seriousness: Some implications for anti-social behaviour and moral panics», en Tonry, Michael Y Morris, Norval *Crime and Justice: A Review of Research* Vol. 10, University of Chicago Press, 1988, pp. 73-120.
- PEMBERTON, S.: «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», *Crime, Law and Social Change* Vol. 48 (1), 2007, pp. 27-41. <https://doi.org/10.1007/s10611-007-9078-0>.
- *Harmful Societies: Understanding Social Harm*, 1.^a ed.: Policy Press University of Bristol, Bristol, 2016.

- PEPINSKY, H. E.: *The Geometry of Violence and Democracy*, Indiana University Press, Bloomington, 1991.
- PERŠAK, N.: *Criminalising Harmful Conduct*, Springer, Nueva York, 2007. <https://doi.org/10.1007/0-387-46404-2>.
- PETERSEN, T. S.: «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the *Harm principle*», *Res Publica* Vol. 20 (2), 2014, pp. 199-214. <https://doi.org/10.1007/s11158-013-9235-5>.
- *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, vol. 134, Springer International Publishing, 2020.
- RATCLIFFE, J.: «Towards an Index for Harm-Focused Policing», *Policing* Vol. 9, 2014, pp. 164-82. <https://doi.org/10.1093/police/pau032>.
- RAYMEN, T.: *The Enigma of Social Harm: The Problem of Liberalism*, Taylor & Francis, Londres, 2022, p. 233.
- RAZ, J.: *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1988, p. 413.
- RIZZO, M. J.: «The Effect of Crime on Residential Rents and Property Values», *The American Economist* Vol. 23 (1), 1979, pp. 16-21. <https://doi.org/10.1177/056943457902300103>.
- ROBLES PLANAS, R.: *Estudios de dogmática jurídico-penal - fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*. Editorial B de f.: Montevideo, Buenos Aires, 2014.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D.: *Comportamiento humano y Derecho penal: un estudio sobre la teoría de la prevención*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- ROMAN, C. G.: ROMAN, J. K.: WASHBURN, A.: BREY, J. T.: NAVARRO, E. I.: RODRIGUEZ, S.: REIST, B. M.: KO, PINGJUI, COLLINS, K. y AARON AND TRUCHIL, «The Cost of Crime: The Haven Conceptual Framework for Measuring Victim Harms from Violence», *Justice Quarterly* Vol. 41 (7), 2024, pp. 1156-1188. <https://doi.org/10.1080/07418825.2025.2456182>.
- ROSSI, P. H.: WAITE, E.: BOSE, Christine E. y BERK, Richard E.: «The Seriousness of Crimes: Normative Structure and Individual Differences», *American Sociological Review* Vol. 39 (2), pp. 224-37. <https://doi.org/10.2307/2094234>.
- ROXIN, C.: «El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual», en Maier, Julio B. Y Córdoba, Gabriela E. (Eds.) *¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 73-90*.
- RUDOLPHI, Hans Joachim. 1975. «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal* Año IV Vol. 5(8), 1975, pp. 330-45.
- RUITENBURG, T. Van y RUITER, S.: «The adoption of a crime harm index: A scoping literature review», *Police Practice and Research* Vol. 24 (4), 2023, pp. 423-45. <https://doi.org/10.1080/15614263.2022.2125873>.
- RUSCA, B.: «En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño», *Política criminal* Vol. 15 (30), 2020, pp. 811-39. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992020000200811>.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.: *Fundamentos de Política criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 278.

- SAVONA, E. U. y VETTORI, B.: «Evaluating the Cost of Organised Crime from a Comparative Perspective», *European Journal on Criminal Policy and Research* Vol. 15 (4), 2009, pp. 379-93. <https://doi.org/10.1007/s10610-009-9111-1>.
- SCANLON, T.: 1998. *What We Owe to Each Other*. Harvard University Press, 1998, pp. 423. <https://doi.org/10.2307/j.ctv134vmrn>.
- SCHONSHECK, J.: *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of Criminal Law*, Springer Science & Business Media, 1994.
- SCHWENDINGER, H. y SCHWENDINGER, J- R.: «Defenders of Order or Guardians of Human Rights», *Issues in Criminology Vol 5 (2)*, 1970, pp. 123-157.
- SEELMANN, K. 2007. «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena», en Hefendehl, Roland (Coord.), Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María E Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo (Eds.), *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016.
- SEHER, G. 2007. «La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico», en HEFENDEHL, R. (Coord.), ALCÁCER GUIRAO, R.: MARTÍN LORENZO, M. e ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.) *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2.ª edición, 2016, pp. 69 y ss.
- SELLIN, T. 1938. «Culture conflict and crime», *American Journal of Sociology* Vol. 44, 1938, pp. 97-103. <https://doi.org/10.1086/217919>.
- SELLIN, T. y WOLFGANG, M. E.: *The Measurement of Delinquency*, Wiley, New York, 1964.
- SEN, A.: *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjnrv7n>.
- SERRANO MAÍLLO, A.: *Introducción a la Criminología*, Dynkinson, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.
- «The Rise of Evidence-Based Policing: Targeting, Testing, and Tracking», *Crime and Justice* Vol. 42, 2013, pp. 377-451. <https://doi.org/10.1086/670819>.
- «The Power Few: Experimental Criminology and the Reduction of Harm», *Journal of Experimental Criminology* Vol. 3 (4), 2007, pp. 299-321. <https://doi.org/10.1007/s11292-007-9044-y>.
- SHERMAN, L. W.: WILLIAM NEYROUD, P. y NEYROUD, E.: The Cambridge Crime Harm Index: Measuring total harm from crime based on sentencing guidelines.: *Policing: A Journal of Policy and Practice* Vol. 10(3), 2016, pp. 17-183. <https://doi.org/10.1093/police/paw003>
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Derecho penal. Parte General*, Civitas, 1.ª Edición, Madrid, 2025.
- *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Edisofer, Madrid, 2009.

- SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford, Reino Unido, 2014, pp. 231.
- SOLIMAN, F.: *Social Harm at the Border: The Case of Lampedusa*, Routledge, Londres, 2023, pp. 262. <https://doi.org/10.4324/9781003348177>.
- SOOD, A. M. y DARLEY, J. M.: «The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals», *California Law Review* Vol. 100 (5), 2012, pp. 1313-58.
- STANTON-IFE, J.: «What is the *Harm principle* For?», *Criminal Law and Philosophy* Vol. 10 (2), 2016, pp. 329-53. <https://doi.org/10.1007/s11572-014-9311-8>.
- «The Limits of Law», ZALTA, Edward N. (Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022.
- STEINERT, H.: «Beyond Crime and Punishment», *Contemporary Crises* Vol. 10 (1), 1986, pp. 21-38. <https://doi.org/10.1007/BF00728494>.
- STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Civitas, Madrid, 2005.
- SUTHERLAND, E. H.: «White-collar criminality», *American Sociological Review* Vol. 5, 1940, pp. 1-12. <https://doi.org/10.2307/2083937>.
- *White Collar Crime*. Dryden Press, 1949.
- *Principles of Criminology*, Lippincott, 1955.
- VAN SWAANINGEN, R. y TAYLOR, I.: «Rethinking Critical Criminology - A Panel Discussion», *Crime, Law and Social Change: An Interdisciplinary Journal* Vol. 21 (2), 1994, pp. 183-90. <https://doi.org/10.1007/BF01307911>.
- SWEETEN, G.: «Scaling Criminal Offending», *Journal of Quantitative Criminology* Vol. 28 (3), 2012, pp. 533-57. <https://doi.org/10.1007/s10940-011-9160-8>.
- SWEETING, D.: «Developing a Crime Severity Score for England and Wales using data on crimes recorded by the police», Office for National Statistics (ONS), 2016, <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/articles/researchoutputsdevelopingacrimeseverityscoreforenglandandwalesusingdataoncrimesrecordedbythepolice/2016-11-29>.
- TADROS, V.: *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*. Oxford University Press, 2011.
- TAVARES JUÁREZ, E. X.: *Teoría del injusto penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 384.
- THALER, R.: «A note on the value of crime control: Evidence from the property market», *Journal of Urban Economics* Vol. 5 (1), 1978, pp. 137-45. [https://doi.org/10.1016/0094-1190\(78\)90042-6](https://doi.org/10.1016/0094-1190(78)90042-6).
- THURSTONE, L. L.: «A law of comparative judgment», *Psychological Review* Vol. 34 (4), 1927, pp. 273-86. <https://doi.org/10.1037/h0070288>.
- TIFFT, L.: 1995. «Social Harm Definitions of Crime», *The Critical Criminologist* Vol. 7 (1), 1995, pp. 9-13.
- TRUCCONE BORGOGNO, S.: «A concept of harm and its consequences for Criminal law's general part». *Política criminal*, 2017, vol. 12, p. 1184-1210.

- TURIENZO FERNÁNDEZ, A.: 2022. «El daño social como consecuencia del delito y su importancia político-criminal». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2.
- VILA VIÑAS, D.: «Recensión del libro de Victoria Canning y Steve Tombs, From social harm to zemiology. A critical introduction», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 23(3), 2021.
- VON HEFENDEHL, R.: *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pp. 37-52.
- WHITE, R.: *Environmental harm: An eco-justice perspective*, Policy Press, 2014, pp. 216.
- VON KIRCHMANN, J.: *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Julius Springer, Berlín, 1848. <http://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/1848/2177925>.
- VON LISZT, F.: *Tratado de derecho penal*, T. I y II, 3.ª ed, 1927, 1929, Madrid: Reus.
- WICKRAMASEKERA, P.; RAYMER, G.: M. y PHIL SMITH, P.: «The economic cost of serious crime in Australia», *Journal of Criminology* Vol. 48 (4), 2015, pp. 327-45.
- WOLFGANG, M.; FIGLIO, R. M. y SELLIN, T.: *Delinquency in a Birth Cohort. Studies in Crime and Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.
- WOLFGANG, M.; FIGLIO, R. M.; TRACY, P. E. y SINGER, Simon I.: *The National Survey of Crime Severity*. U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1987.
- WOLFGANG, M. E. y SELLIN, Thorsten, *The Measurement of Delinquency*, John Wiley & Sons, 1964, pp. 423.
- YAR, M.. «Recognition as the Grounds of a General Theory of Crime as Social Harm?», O'NEILL, Shane y SMITH, Nicholas H.: *Recognition Theory as Social Research: Investigating the Dynamics of Social Conflict*, Palgrave Macmillan UK, Londres, 2012, PP. 109-26. https://doi.org/10.1057/9781137262929_6.
- YOUNG, J.: «Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm», *The British Journal of Criminology* Vol. 28 (2), 1988, pp. 159-83.
- ZEDNER, L.: «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», BOSWORTH, M. y HOYLE, C. (Eds.) *What is Criminology?*, Oxford University Press, 2012.
- ZIPF, H.: *Introducción a la política criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.