

UNA LECTURA UTILITARISTA DEL DERECHO PENAL MÍNIMO^{1*}

João Paulo Orsini Martinelli

Universidad Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (Brasil)

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El utilitarismo es el campo de la filosofía que estudia la utilidad de una idea, en el sentido de que, entre las ganancias y las pérdidas posibles, debe darse un saldo positivo. El derecho penal es el ámbito más represivo del ordenamiento jurídico y, por ello, debe ser empleado con moderación por parte del Estado. Su utilidad debe ser la protección de bienes jurídicos y la mínima restricción de la libertad individual. Corresponde al legislador procurar la mejor forma de lograr esa utilidad, con la elección de los bienes jurídicos más relevantes y el recurso a los medios menos represivos, antes de acudir al derecho penal.

PALABRAS CLAVE: utilitarismo, bien jurídico, libertad individual, proporcionalidad

ABSTRAC: Utilitarianism is the branch of philosophy that studies the usefulness of an idea. Among the possible gains and losses, the balance must be positive to reach the intended utility. Criminal law is the most repressive branch of legal system and therefore should be applied sparingly by the State. Its usefulness should be the protection of legal interests and minimal restriction of personal liberty. The lawmaker should seek the best way to achieve this utility with the choice of most relevant legal interests and less repressive means before appealing to the Criminal Law.

KEY WORDS: utilitarianism, legal interests, personal liberty, proportionality

¹ * Traducción de *José Ángel Brandariz García*, ECRIM, Universidad de A Coruña. Artículo originado en la investigación predoctoral realizada en la *University of California, Davis*, en 2009.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL. III. LA FILOSOFÍA UTILITARISTA. IV. CONCEPTO DE UTILITARISMO. V. PRINCIPIO DE UTILIDAD. VI. UTILITARISMO CLÁSICO. 1. Jeremy Bentham. 2. John Stuart Mill. VII. VARIACIONES DEL UTILITARISMO. VIII. UTILITARISMO Y DERECHO PENAL. 1. Protección de bienes jurídicos relevantes. 2. La mayor libertad de los ciudadanos. 3. Utilitarismo normativo-axiológico. IX. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objetivo hacer una lectura utilitarista del derecho penal mínimo, y demostrar que la utilidad de la norma debe ser la mayor protección del bien jurídico con la menor restricción de la libertad individual. Considerando que sus principales funciones son la limitación del poder punitivo del Estado y la protección de los bienes jurídico-penales², el derecho penal debe ser, ante todo, un instrumento de garantía del ciudadano. En consecuencia, la ley penal limita de forma simultánea la libertad de las personas -al prohibir ciertas conductas- y el poder de penar del Estado, articulando las normas del Estado democrático de Derecho en aras de un equilibrio entre la protección de intereses fundamentales de la sociedad y el máximo de libertad de los ciudadanos³.

La filosofía utilitarista es importante para el análisis crítico de la ley penal, en la medida en que ésta se entienda como racionalista⁴. El racionalismo es el método de pensamiento que prescinde de la experiencia a la hora de llegar a conclusiones, ya que el medio para ello es el razonamiento lógico de una idea. Al racionalismo se contraponen el empirismo, que depende de la observación de los fenómenos. El empirismo es un método típicamente aplicado a las ciencias naturales, que dependen de la observación y descripción del hecho; los empíricos alegan que la experiencia sensitiva es el sustento último de conceptos y conocimientos⁵. El derecho penal, en tanto que ciencia normativa, no puede depender del empirismo: trabaja con normas, y debe quedar restringido a ellas para que sus conclusiones sean jurídicas.

II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

El principal motivo para recurrir al utilitarismo es su "sinceridad" a la hora de explicar determinadas tipificaciones. Algunos delitos no pueden explicarse únicamente a partir de la tutela de bienes jurídicos, ya que buena parte de ellos son indeterminados e imprecisos. De este modo, la mejor -si bien ilegítima- explicación para ciertos delitos es su utilidad: evitar que ciertos comportamientos se realicen. El derecho penal es útil para prohibir comportamientos indeseados por el conjunto de la sociedad, o por amplios sectores, aunque sea muy difícil

2 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: B de F. 2003. pp. 68 ss.

3 GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. pp. 155 ss.

4 PLAMENATZ, John. *The English Utilitarians*. New York: Macmillan, 1949. p. 147.

5 MARKIE, Peter. *Rationalism*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>> (último acceso: 20 marzo 2010).

verificar su grado de lesividad o peligro. Solo de este modo pueden justificarse delitos que, aparentemente, no causan lesión directa, o cuyo peligro no sea mensurable.

Para el utilitarismo, la esencia de un comportamiento es el resultado producido. Una conducta se evalúa por su utilidad, esto es, por su saldo final. El utilitarista hace el cálculo de todo lo que está implicado en un comportamiento, para valorarlo conforme a su saldo. La visión utilitarista del derecho penal puede sintetizarse de la siguiente manera: un comportamiento debe ser prohibido si no es deseado por la sociedad, de modo que su lesividad no sería sino un mero elemento de cálculo. La existencia de un bien jurídico tutelado queda en segundo plano, en la medida en que se quiera impedir comportamientos denostados por determinada comunidad, en un concreto período histórico.

El razonamiento utilitarista indaga qué conducta debe ser evitada por el derecho penal, con el fin de criminalizarla. Por ejemplo, si el resultado que pretende alcanzarse es una sociedad que se enmarque en unos patrones morales definidos, el utilitarista procura la prohibición de conductas que entiende como inmorales; si lo que se quiere es una sociedad en que todos paguen tributos para evitar una crisis presupuestaria del Estado, se criminalizan la elusión y la omisión del pago de tributos, etc. En suma, la discusión sobre el bien jurídico-penal parece secundaria para los utilitaristas.

A modo de referencia, algunos autores liberales, como Dworkin⁶, entienden que la autonomía personal puede ser protegida mediante la prohibición de ciertas conductas autolesivas, para que el sujeto no pierda su capacidad futura de decidir sobre sus acciones. Otros autores más perfeccionistas, como Chan⁷ y Dzur⁸, defienden la criminalización de ciertos comportamientos con base en criterios objetivos previamente asumidos como ideal de calidad de vida, con independencia de la autonomía y voluntad de la persona. El centro de la discusión, en suma, es el fin que se pretende conseguir por medio de las prohibiciones criminales, que necesariamente implican restricciones a la libertad de acción de todos los componentes de una sociedad.

Ese fin que debe lograrse por medio de la ley penal puede interpretarse de dos modos distintos. En términos restrictivos, se toma en consideración la protección de bienes jurídicos y la limitación del poder del Estado; en términos amplios, la norma penal pretende el bienestar de una determinada comunidad, la convivencia armónica entre las personas. En relación con la primera concepción, la dogmática se viene preocupando desde hace tiempo de la teoría del bien jurídico, indagando los requisitos para la elaboración de las normas penales a partir del interés de tutela⁹. Diversas teorías pretenden legitimar la criminalización de conductas con base en el bien jurídico tutelado¹⁰. Por lo que se refiere al interés social,

6 DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. En: DWORKIN, Gerald (coord.) *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge/New York: Cambridge. 1988. p. 122.

7 CHAN, Joseph. Legitimacy, Unanimity, and Perfectionism, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, nº 1, 2000. pp. 7 ss.

8 DZUR, Albert W. Liberal Perfectionism and Democratic Participation. *Polity*, Staten Island, vol. 30, nº 4, 1998. pp. 674 ss.

9 Cfr., a modo de referencia: GRECO, Luis, TORTIMA, Fernanda Lara (coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

10 KUHLE, Kristian. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Vahlen. 2005. pp. 196 ss.

al incriminar una conducta el legislador necesita considerar el resultado final que debe alcanzarse, y cómo lograrlo, ya que concurre un coste elevado, consistente en la restricción de la libertad de los miembros de la sociedad¹¹. Toda lesión a un interés individual alcanza a su titular (o titulares) directamente, y a otras personas de forma indirecta. No obstante, el perjuicio causado indirectamente, por sí solo, no puede ser fundamento del reproche penal, sino que se necesitan otros criterios de incriminación.

III. LA FILOSOFÍA UTILITARISTA

Las normas penales poseen ciertas finalidades que se determinan de acuerdo con lo que se entiende por derecho penal. El derecho penal es un instrumento de garantía y, por ello, su finalidad es restringir el poder punitivo del Estado. Esa restricción se da mediante la selección de los bienes jurídicos que merecen ser tutelados y de las lesiones que suscitan la represión penal. Para tutelar un bien, y protegerlo de ciertos peligros, la norma prohíbe determinados comportamientos. En consecuencia, cuando se hace referencia a las consecuencias de la norma, se deben considerar las conductas prohibidas (reducción de la libertad de las personas) y los bienes tutelados (intereses que merecen protección penal). El gran desafío de doctrina y jurisprudencia es conciliar los medios de protección de bienes jurídicos y la máxima libertad de la población subordinada al ordenamiento legal.

Es difícil encontrar un consenso para elaborar las normas, en la medida en que éstas recaen sobre todas las personas, de forma indistinta. Hay ciertos comportamientos que no generan disenso en cuanto a su prohibición. La mayoría de las personas acepta que algunas reglas deben imponerse, que ciertos comportamientos deben ser evitados, que algunas conductas podrían acontecer con más frecuencia, o que algunas cosas no deberían suceder¹². A modo de referencia, el homicidio es reprobado por casi todas las personas, al mismo tiempo que se exige la honestidad de los administradores públicos.

En este sentido, cabe preguntarse cuál es el bien que debe ser protegido por el derecho penal. Juntando todos los intereses merecedores de tutela penal en una única utilidad, podría afirmarse que la autonomía individual sería el fin de la norma penal. El legislador debe buscar la paz social, impidiendo lesiones a bienes jurídicos, prohibiendo conductas, pero sin abusar en la limitación de la libertad de las personas; dicho de otro modo, debe proteger los bienes relevantes interfiriendo mínimamente en la vida privada. Por ello, es fundamental analizar las normas penales racionalmente, sin confundirlas con cuestiones meramente morales.

IV. CONCEPTO DE UTILITARISMO

El utilitarismo es una teoría ética desarrollada, en su versión clásica, por Jeremy Bentham, James Mill y John Stuart Mill, que responde a todos los interrogantes sobre qué

11 MIR PUIG, Santiago. op. cit. pp. 41 ss.

12 MOORE, G. E. *Ethics*. London: Oxford University Press. 1912. p. 7.

hacer, qué valorar o cómo vivir en términos de maximizar la utilidad o la felicidad¹³. Los utilitaristas adoptan el principio de utilidad, según el que el placer y la ausencia de dolor son, de hecho, deseados por todos los seres humanos, y cada persona busca su propio placer. Se trata de la doctrina que afirma que debe hacerse lo que genera la mayor felicidad para el mayor número de personas, o para la comunidad como un todo¹⁴.

La doctrina utilitarista no se limita a ideas abstractas, sino que repercute en la vida práctica. Como señala Rachels, "a los filósofos les encanta pensar que sus ideas pueden transformar la sociedad, pero esa es una esperanza vana. Los filósofos escriben libros que leen pocas personas, mientras que el resto del mundo queda completamente al margen. Con todo, una teoría filosófica puede alterar profundamente la forma en la que las personas piensan. [...] Es el caso del utilitarismo"¹⁵. Los enunciados de la doctrina utilitarista son: (1) las personas deben actuar de forma que promuevan la máxima felicidad (o placer) al mayor número de personas, (2) el placer es el único bien intrínseco, y el dolor es el único mal intrínseco, (3) un acto es moralmente correcto (a) si produce un balance entre beneficios y perjuicios mejor que cualquier otra acción, o (b) si produce el mayor beneficio o el menor perjuicio, en relación con otras conductas en las mismas circunstancias, (4) en general, el valor moral de una acción es medido de acuerdo con el beneficio o perjuicio de sus consecuencias¹⁶.

Cuando una persona elige entre dos acciones, y una produce más placer que la otra, siempre tendrá la obligación de escoger la primera: en un conjunto, la parte que proporciona más placer siempre será la mejor¹⁷. La mayor utilidad de una acción reside en el mayor placer, que es lo que debe prevalecer. En síntesis, el utilitarista mira al futuro¹⁸, buscando las mejores consecuencias de sus actos (consecuencialismo). Existe una relación de utilidad entre finalidad positiva y conducta correcta. Los utilitaristas afirman que el mayor placer es la utilidad que define un comportamiento como correcto. Utilidad es el término usualmente empleado para referirse a los efectos de un acto, en la medida en que esté relacionado directa o indirectamente con los bienes intrínsecos producidos por éste¹⁹. A pesar de la aparente vaguedad de los conceptos, la doctrina utilitarista permite estudiar la norma penal desde la perspectiva de la relación de utilidad que se debe procurar entre la restricción de la libertad de las personas y el bien eventualmente producido.

13 BLACKBURN, Simon. *Oxford Dictionary of Philosophy*. New York: Oxford University Press. 2008. p. 375.

14 ANGELES, Peter A. *The Harper Collins Dictionary of Philosophy*. New York: Harper Collins. 1992. p. 326.

15 RACHELS, James. *The elements of moral philosophy*. New York: Random House. 1986. p. 79.

16 *Ibidem*. pp. 326-327.

17 MOORE, G. E. op. cit. p. 39.

18 BRANDT, Richard B. The utilitarian theory of criminal punishment. En: ARTHUR, John (coord.) *Morality and moral controversies: Readings In Moral, Social, And Political Philosophy*. New Jersey: Prentice Hall. 1981. p. 415.

19 BIERMAN, A. K. *Life and morals, an introduction to ethics*. New York: Harcourt Brace Jovanovich. 1980. p. 397.

V. PRINCIPIO DE UTILIDAD

Haciendo uso de la clasificación de las teorías éticas propuesta por Diego Farrell, puede afirmarse que el utilitarismo es una tesis que se ubica antes del resultado, es decir, se parte de la teoría hacia el hecho, y no al contrario. Una premisa utilitarista es capaz de modificar las instituciones contrarias a ella, mientras que las instituciones no alteran las premisas. Si se entiende que matar a una persona es válido para salvar la vida de otras personas es porque se acepta de forma anticipada que lo más importante es la mayor utilidad de un comportamiento. En consecuencia, se parte del principio de la mayor utilidad para comportarse de acuerdo con lo que se juzga más útil²⁰.

El utilitarismo, en su versión clásica, se presenta como monista, ya que el único valor postulado es la felicidad. No obstante, versiones más avanzadas del utilitarismo se muestran pluralistas, ya que para ellas no solo es importante la felicidad en sí, sino también la forma mediante la que se alcanza, y su distribución²¹. En lo que se refiere al derecho penal, la protección de bienes jurídicos debe ser la utilidad de la norma, si bien ésta no puede ser arbitraria, ya que existen parámetros para definir los bienes protegidos.

Finalmente, el utilitarismo lleva consigo el principio de utilidad, que puede ser enunciada como felicidad individual, felicidad colectiva, autonomía o perfección del individuo²². La utilidad de la norma penal no puede ser la felicidad individual, ya que ésta es subjetiva: cada uno sabe lo que es mejor para sí mismo. La felicidad colectiva como fin último de la norma incrementa el riesgo de imposición de valores, que pueden ser válidos para unos, pero rechazados por otros. También la perfección del individuo ignora la capacidad humana de escoger el propio camino de vida. En consecuencia, la autonomía es el valor que debe ser preservado por la norma penal, es su utilidad, ya que el sujeto autónomo puede seguir el camino que considere mejor para sí mismo.

El principio de utilidad es la base del utilitarismo. El utilitarista, en principio, aprecia la moral como algo corpóreo, palpable, próximo a la persona. Dicho de otro modo, la moral ya no puede ser entendida con las referencias a Dios o a un conjunto de reglas escritas en el paraíso, sino considerando exclusivamente la felicidad en este mundo²³. De este modo, se afirma que el utilitarismo detenta un carácter más pragmático que otras corrientes de la filosofía moral.

La proyección utilitarista para el futuro considera a la persona como ser en la Tierra, merecedor de la máxima felicidad. El propio Mill sintetiza el principio: las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, y erradas en cuanto tienden a producir lo contrario de la felicidad²⁴. La utilidad de un comportamiento se mide por el placer que proporciona. La variación del principio se halla en la cantidad y calidad del placer que se busca.

20 DIEGO FARRELL, Martín. *Privacidad, autonomía y tolerancia*. Buenos Aires: Hammurabi. 2000. pp. 24-25.

21 *Ibidem*. p. 29.

22 *Ibidem*. p. 31.

23 RACHELS, James. op. cit. p. 81.

24 MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Indianapolis: Hackett Publishing Company. 2001. p. 7.

Cuando el objeto de la utilidad es el resultado de la imposición de una norma penal, lo que se pretende es su mejor empleo en la búsqueda del bienestar social. Entre todas las formas de resolución de un conflicto social, el derecho penal se presenta como la más rigurosa y, por ello, su utilidad debe compensar los desgastes generados. Si hay otros medios menos gravosos de resolver un problema, el derecho penal debe ser descartado, ya que su utilidad no es la mayor.

VI. UTILITARISMO CLÁSICO

La doctrina señala a Bentham y Stuart Mill como los precursores del utilitarismo clásico, que, a partir de sus obras, influyeron en los demás utilitaristas. Estos autores estaban preocupados por la reforma legal y social, hasta el punto de afirmar que "*si algo puede ser identificado como motivo fundamental subyacente al desarrollo del utilitarismo clásico era el deseo de ver cambios en las prácticas sociales y en las leyes inútiles y corruptas*"²⁵.

El utilitarismo clásico está fuertemente marcado por un perfil consecuencialista, doctrina según la que un acto es correcto en atención a sus consecuencias. No importan las circunstancias o la naturaleza de ese acto, ni lo que sucede antes de él²⁶. La forma de pensar y desarrollar determina idea gana importancia en relación con lo que se consigue en un momento posterior²⁷. El utilitarismo es la especie más influyente del consecuencialismo, "*una especie tan influyente que a veces se confunde con el propio género*"²⁸.

En la medida en que el consecuencialismo fundamenta un acto en sus consecuencias, puede afirmarse que se opone a la ética deontológica. Para la deontología, lo que hace que una elección sea correcta es su conformidad con una norma moral. Las normas morales deben ser obedecidas por su mera existencia. Lo correcto debe prevalecer sobre el bien; en consecuencia, si una conducta no es consonante con lo correcto, no puede ser practicada, con independencia del resultado que dejaría de producir²⁹. Para la deontología, en suma, los actos con correctos o incorrectos en sí mismos. Por ejemplo, quebrar una promesa es un comportamiento equivocado en sí mismo, con independencia de sus consecuencias. Para el consecuencialista, la quiebra de una promesa puede ser correcta o errada, dependiendo del

25 DRIVER, Julia. The History of Utilitarianism. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>>. (último acceso: 10 junio 2009).

26 SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>>. (último acceso: 4 agosto 2009). SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. An Argument for Consequentialism. *Philosophical Perspectives*, Oxford, vol. 6, Cuaderno *Ethics*, 1992, pp. 400 ss.

27 BRONCANO RODRÍGUEZ, Fernando. Epistemología social y consenso en la ciencia. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 31, agosto 1991. p. 27.

28 GALVÃO, Pedro. *A teoria utilitarista de J.S. Mill: uma caracterização*. Disponible en: <http://www.spfil.pt/trolei/tr01_galvao1.htm>. (último acceso: 4 agosto 2009); RIVERA LOPEZ, Eduardo. De la racionalidad a la razonabilidad: ¿Es posible una fundamentación epistemológica de una moral "política"? *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 29, nº 86, agosto 1997. p. 70.

29 ALEXANDER, Larry/MOORE, Michael. *Deontological Ethics*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/>>. (último acceso: 6 agosto 2009).

bienestar que ello pueda producir³⁰. Cuando alguien miente para salvar la vida de otro, su conducta será reprobada por los deontologistas y aprobada por los consecuencialistas. La principal diferencia entre el deontologismo y el consecuencialismo, de forma sintética, es la siguiente: para los deontologistas, una conducta es equivocada si viola una regla, mientras que para los consecuencialistas la conducta equivocada es la que no logra maximizar sus efectos³¹.

De este modo, puede entenderse la ética deontologista en la ponderación de los bienes jurídicos. Para determinar si hay bienes jurídicos más importantes que otros, y si hay intereses indisponibles, es necesario aplicar criterios que permitan valorar un bien en sí mismo, sin interferencias consecuencialistas. Afirmar que la vida humana es un bien indisponible solo es posible mediante la perspectiva de la deontología, ya que el consecuencialista permite la eliminación de la vida en situaciones en las que el bien alcanzado lo justifique.

La filosofía utilitarista, en consecuencia, rechaza el deontologismo, ya que es un método que está dirigido a alcanzar un resultado pretendido con base en el balance final de un comportamiento. De este modo, se afirma que el utilitarismo posee un fundamento teleológico³².

1. Jeremy Bentham

Considerado el padre del utilitarismo, con una fuerte influencia de la filosofía de David Hume, Jeremy Bentham construyó su pensamiento basándose en cuatro subprincipios: (1) consecuencialismo: la cualidad moral de un comportamiento debe ser evaluada de acuerdo con sus consecuencias; (2) hedonismo: la consecuencia positiva es aquella que produce mayor placer, la negativa es la que genera dolor y sufrimiento; (3) agregacionismo: en la evaluación de una conducta, debemos sumar las porciones de felicidad e infelicidad, para hallar el balance final; (4) maximacionismo: debemos optar por el comportamiento que produzca mayor saldo de felicidad para el mayor número de personas afectadas por nuestras opciones³³.

La utilidad para Bentham es la propiedad de un objeto por la cual éste tiende a producir beneficios, ventajas, placer, felicidad, o a prevenir la verificación de dolor, sufrimiento, insatisfacción, infelicidad. Algo es correcto dependiendo de su utilidad, que se mide por las consecuencias que una acción tiende a producir. Para Bentham, la legislación debe preservar al máximo la libertad de las personas, que es esencial para buscar la felicidad. Las intervenciones en la libertad se hacen necesarias cuando la seguridad de la persona está amenazada, disminuyendo su felicidad. De este modo, la seguridad, como medio de promover

30 CRISP, Roger. Deontological ethics. En: HONDERICH, Ted (ed.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford: Oxford University Press. 2005. p. 200.

31 HOWARD-SNYDER, Frances. The Heart of Consequentialism. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Holanda, vol. 76, nº 1, octubre 1994. p. 110.

32 OMAR SELEME, Hugo. ¿Puede el utilitarismo ser deontológico? Una respuesta a Kymlicka. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 36, nº 107, agosto 2004. pp. 62 ss.

33 CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. op. cit. p. 75.

la mayor felicidad, debe ser el objeto de la ley³⁴. El autor entendía, por ello, que es admisible restringir la libertad de una persona para maximizar su felicidad. En el ámbito del derecho penal, Bentham realizó una importante contribución a la teoría de la pena. El principio de la máxima utilidad impide punitivos arbitrarios. Nadie puede ser penado por una conducta si ésta no es lesiva para otra persona. Como máximo, la punición debe ser suficientemente severa como para superar los beneficios de delito, y para demostrar la certeza del castigo. El autor defendía la punición con una doble finalidad: penar a quien cometió una infracción, y prevenir que otras personas devengan infractores (funciones retrospectiva y prospectiva)³⁵.

2. John Stuart Mill

Quizás Mill sea el más influyente de los utilitaristas. Sus obras más importantes son *On Liberty* y *Utilitarianism*. Puede decirse que uno de los grandes méritos del autor fue la forma en que se dirigió al público no especializado, provisto de un ingenioso talento filosófico, literario y retórico³⁶. Su argumentación tuvo impacto no solo en la filosofía, sino también en el derecho, la política, la bioética y otros campos de conocimiento. Finalmente, cabe admirar su honestidad intelectual y su dominio en materia de investigación sobre el conocimiento humano³⁷.

Un elemento central de su teoría es el consecuencialismo. Para Mill, las acciones deben ser consideradas de acuerdo con sus consecuencias. El hombre debe actuar de modo que pueda maximizar el placer. Al ser diferente del resto de los animales, el ser humano tiene facultades más elevadas y capacidad de razonamiento, lo que le hace considerar para su felicidad únicamente las gratificaciones. El concepto de placer para los animales es más restrictivo que el concepto humano de felicidad. La conciencia lleva al hombre, de este modo, a buscar el placer en su comportamiento³⁸. Al argumentar que la consecuencia que se busca en una conducta es la felicidad, Mill especifica que ésta implica placer y ausencia de sufrimiento; *a contrario sensu*, infelicidad es el sufrimiento y la privación de placer³⁹. En la visión del autor, felicidad y placer son conceptos intrínsecos, fuertemente vinculados y, en muchas partes de su obra, parecen confundirse en una sola noción.

Según Mill, la búsqueda del placer no es un mero hedonismo vulgar; el autor diferencia los placeres por su calidad, no solo por su intensidad o duración, lo que lo aleja de Bentham, para el que "*todos los placeres tienen igual valor*", y son equivalentes en intensidad y duración⁴⁰. Mill indica que cuando haya dos placeres debe optarse por

34 CRIMMINS, James E. Contending Interpretations of Bentham's Utilitarianism. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 29, n° 4, diciembre 1996. p. 754.

35 BRANDT, Richard B. Bentham, Jeremy. pp. 80-81.

36 GALVÃO, Pedro. op. cit. [s.p.].

37 SPARKS, Jared/EVERETT, Edward/LOWELL, James Russell. Critical notices. *The North American Review*, Boston, vol. 97, n° 200, julio 1863. p. 273.

38 MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. p. 8.

39 *Ibidem*. p. 7.

40 CARVALHO, Maria Cecilia Maringoni de. O utilitarismo em foco. Florianópolis: Editora UFSC. 2007. pp. 81-84.

el que se entiende mejor para todos, o para la mayoría de las personas que lo hayan experimentado, al margen de cualquier imposición moral⁴¹. El valor de una experiencia placentera no depende solo de su duración e intensidad, sino también de su calidad⁴². En consecuencia, no hay una cantidad suficiente de placeres menores que pueda superar a un placer mayor⁴³.

En tanto que ser racional, el hombre posee las condiciones de actuar con libertad. En principio, cada uno puede pensar y actuar como quiera, y el Estado no puede interferir en las elecciones individuales, excepto cuando sea necesaria la protección de las personas más débiles⁴⁴. Su discurso coloca la libertad en primer plano, permitiendo que el sujeto determine su propio rumbo en la maximización de la felicidad, en la medida en que no se perjudique ni a terceros ni –de forma inconsciente– a la propia persona. La individualidad humana debe ser priorizada, siempre que la libertad de los demás también lo sea. De ese modo, las leyes pueden impedir que una persona abuse de su libertad para molestar a otra⁴⁵.

Se reconocen dos dimensiones de la libertad: la positiva y la negativa. Por libertad positiva se entiende el área en la que el individuo se autodetermina. El sujeto es libre positivamente cuando tiene control sobre su vida, o impone reglas propias a su comportamiento. Dworkin señala que la libertad positiva es muy semejante a la autonomía. La libertad negativa, por su parte, es la ausencia de interferencia de terceros. Una persona es libre en sentido negativo cuando nadie le impide hacer algo por medio de la coerción, o de cualquier otro modo⁴⁶. La libertad plena debe ser tanto positiva como negativa.

Mill defiende la protección de la libertad en los casos en que el sujeto tiene capacidad de ejercitarla. La ausencia de capacidad suficiente para entender lo que es bueno o malo permite al Estado intervenir en las elecciones individuales. En consecuencia, hay excepciones, en las que la autoridad estatal se legitima, especialmente en relación con niños, y adultos con problemas mentales. En estos casos, el bienestar que se puede alcanzar con la libertad solo puede lograrse mediante la intervención de normas de conducta⁴⁷. A modo de referencia, el art. 173 Código penal brasileño prevé el delito de abuso de incapaces, norma que impide la libre actividad de personas con restricciones mentales que las hacen susceptibles de sufrir perjuicios.

El autor establece una relación entre individualidad y sociedad, que puede resumirse en cuatro preceptos: (1) cada uno tiene el derecho de desarrollar su propio "plan de vida"; (2) nadie puede interferir en los derechos de los demás; (3) el sujeto puede optar

41 MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. p. 8.

42 BRINK, David O. op. cit. pp. 70 ss.; GALVÃO, Pedro. op. cit. [s.p.].

43 MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. p. 17.

44 MILL, John Stuart. *On liberty*. p. 59.

45 *Ibidem*. pp. 119-120.

46 DWORKIN, Gerald. Positive and negative freedom. En: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. p. 723.

47 MILL, John Stuart. *On liberty*. p. 132.

por menoscabar los derechos de otros; (4) al escoger provocar un daño a un tercero, cabe la punición apropiada⁴⁸. En suma, el hombre es libre incluso para optar por actuar contrariamente a la ley, y ser penado por ello. Por ese motivo, solo puede ser penado el comportamiento consciente, ya que debe haber capacidad de interpretar la norma, comprender la lesividad de la conducta y entender la punición derivada de la infracción.

VII. VARIACIONES DEL UTILITARISMO

Entre las variedades más habituales se encuentra el utilitarismo de reglas (*rule utilitarianism*), que en vez de observar las consecuencias de un acto particular, o de un conjunto de actos, determina si un acto es correcto por un método diferente. En primer lugar, se halla la mejor regla de conducta, mediante la verificación de las consecuencias derivadas de seguir una regla determinada. La regla que genere los mejores resultados para la colectividad es la más adecuada. De este modo, se parte de los efectos provocados cuando las personas siguen una regla determinada⁴⁹. Si esa regla produce los mejores beneficios, no solo para el individuo, sino para todos, debe ser adoptada. Ese precepto individual, cuando es benéfico para la colectividad, debe ser la guía para una acción determinada. De este modo, se consideran los actos en el plano abstracto de la norma (deber-ser).

La evolución del utilitarismo de reglas alteró significativamente el principio de utilidad, pasando a imponerse sobre el utilitarismo simple: la promoción de la felicidad debe residir en el reglamento de la sociedad, y no en conductas individuales. La utilidad deseada se juzgará como adecuada o errada de acuerdo con la norma que debe ser obedecida. El foco de lo correcto sale del plano individual y migra hacia el colectivo. Hay una restricción en la elección del sujeto, ya que la utilidad de su comportamiento no solo le interesa a él mismo, sino también a todas las personas (o, por lo menos, a la mayoría de ellas)⁵⁰.

El utilitarismo de reglas impone prescripciones de conducta que producen mayor utilidad para el medio social. Veamos el siguiente caso, referido a dos reglas sobre mentir: (a) nadie puede mentir, en situación alguna; (2) nadie puede mentir, excepto para salvar a una persona inocente. Los efectos de la segunda regla pueden ser más beneficiosos que los de la primera, incluso aunque en casos concretos ésta pueda ser mejor⁵¹.

Al derecho penal le interesa el utilitarismo de reglas. Las normas penales se expresan por medio de leyes, y éstas son reglas que inciden sobre el comportamiento de los individuos. La maximización de la utilidad de la norma penal se logra mediante su universalización⁵², a través de la que las reglas sociales de bienestar se derivan del comportamiento del mayor número posible de personas, de forma indeterminada. Por ello, la utilidad de la norma debe

48 SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008. p. 25.

49 BIERMAN, A. K. op. cit. p. 297.

50 FEINBERG, Joel. The forms and limits of utilitarianism. *The Philosophical Review. The Philosophical Review*. Pittsburgh, vol. 76, nº 3, 1967. p. 373.

51 BIERMAN, A. K. op. cit. p. 298.

52 HARE, R. M. *Freedom and reason*. Oxford/New York: Oxford University Press. 1963. p. 118.

surgir del bien que se desea lograr para la colectividad, y esa utilidad ha de ser procurada con la menor restricción posible de la libertad de las personas.

VIII. UTILITARISMO Y DERECHO PENAL

El Estado es el ente soberano que impone reglas por medio de las leyes y, de este modo, pretende determinar un patrón de comportamiento. Uno de los grandes conflictos del derecho consiste en obligar a personas completamente diferentes a observar comportamientos semejantes; por ejemplo, una persona es más tranquila y tolerante que otra; no obstante, a ambas se les prohíbe cometer delitos. Por otro lado, la ley no puede obligar a la persona más nerviosa a hacer un tratamiento para ser más tolerante, ya que ello comportaría una invasión de su privacidad.

Es muy importante conciliar las normas penales con la utilidad que pueden generar para el medio social. Se entiende que el utilitarismo de reglas es perfectamente aplicable al derecho penal en la medida en que se definan bien la utilidad que se desea y los medios legítimos para alcanzarla. La utilidad debe estar estrictamente vinculada a las finalidades y principios del derecho penal. El delito no puede ser penado por sí mismo, por su esencia, sino para lograr una utilidad: aumentar la expectativa de protección de los intereses sociales⁵³.

Ante tales afirmaciones, la relación entre utilitarismo y derecho penal se divide en los siguientes puntos: (a) mayor utilidad en la protección a bienes jurídicos relevantes, y (b) mayor utilidad como límite de interferencia del Estado en la vida particular de la persona. La norma penal debe conciliar esas dos utilidades para ser justificada y legitimada. Como la ley penal limita al individuo en su libertad de actuar, no se puede prohibir más que lo que sea necesario para que se logre una convivencia libre y pacífica⁵⁴. Se trata, en realidad, de una lectura utilitarista de dos principios del derecho penal: lesividad y subsidiariedad.

La conjugación de esas dos utilidades es el núcleo de lo que se denominará "utilitarismo normativo-axiológico". De forma sintética, se entiende que el derecho penal debe obedecer a los criterios utilitaristas del mejor balance entre protección de bienes jurídicos y libertad de las personas, sin fijarse en conceptos puramente moralistas. El utilitarismo debe ser *normativo*, porque implica elaboración y aplicación de las normas, y *axiológico*, en la medida en que hay valores que deben ser objeto de consideración. El balance entre la norma y los valores debe ser lo más próximo posible a la seguridad jurídica en la tutela de bienes y de la libertad individual. El Estado prohíbe, obliga o permite un comportamiento considerando que todas las personas –o casi todas– deben obedecer a reglas establecidas para que, de un modo u otro, se logre una utilidad de bienestar social. Las reglas de conducta se elaboran desde una perspectiva de uniformización de comportamientos para lograr una utilidad común⁵⁵.

53 BRANDT, Richard B. The utilitarian theory of criminal punishment. p. 412.

54 ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 33.

55 WARNOCK, G. J. *The object of morality*. Londres: Methuen Young Books. 1971. p. 31.

1. Protección de bienes jurídicos relevantes

De acuerdo con la exhaustiva discusión doctrinal, el derecho penal debe ocuparse de bienes jurídicos relevantes. Una de las utilidades del derecho penal, por lo tanto, es la protección de bienes jurídicos que no gozan de otra forma eficiente de tutela jurídica. De este modo, es necesario hacer un listado de los intereses que el derecho penal debe proteger para, posteriormente, elegir los más relevantes que no pueden ser tutelados de otro modo. Esto se denomina "utilitarismo de la mejor protección".

El derecho penal debe ser la *mejor* protección de un bien jurídico, y solamente lo será cuando los otros medios no logren el objetivo de tutela. Más allá del derecho penal -como modo más represivo-, existen otros medios de control social formal e informal. En la ecuación entre los beneficios de cada una de las posibles protecciones a un bien jurídico, el resultado final debe ser la mayor eficacia del derecho penal y la poca o nula eficacia de las demás formas de protección. Un ejemplo drástico es el homicidio. El tipo penal de homicidio posee mayor eficacia de tutela de la vida si se lo compara con los dispositivos del Código Civil que prevén la responsabilidad civil por la muerte de una persona. Frente a ello, la sociedad conyugal se protege mejor por el derecho civil, que permite la separación judicial en caso de infidelidad, que por el derogado delito de adulterio.

El control social formal es el ejercido por el conjunto de reglas impuestas por el Estado. El ejercicio del control social formal pertenece a las instituciones oficiales, por medio de las normas (Poder judicial, policía, sistema de justicia penal, prisiones)⁵⁶. Por control social informal se entiende el conjunto de reglas establecidas por grupos no oficiales que, de algún modo, imponen determinados comportamientos. Por exclusión, las reglas de conducta no estipuladas por el Estado forman parte del control social informal. Los ejemplos típicos son la familia, la escuela, las iglesias, las asociaciones privadas, etc. En consecuencia, las reglas pueden ser estipuladas por el Estado o por otras instituciones, siempre en aras de lograr una utilidad derivada de su cumplimiento.

La utilidad de una criminalización pasa por la eficacia de la tutela punitiva ante un conflicto social. La interferencia en comportamientos autolesivos por medio del derecho penal solo tendrá utilidad cuando el bien tutelable tenga gran relevancia. Por ser el medio más riguroso de resolución de conflictos, los gastos del Estado y los costos para los ciudadanos generados por un procedimiento criminal deben ser compensados por el valor del bien que se pretende proteger. Incluso en relación con intereses que merecen la tutela penal, es necesario que la gravedad de la sanción sea proporcional a la importancia de cada uno para las expectativas de bienestar social⁵⁷.

La utilidad de la mejor protección es el saldo positivo resultante del cálculo efectuado entre los costes derivados del derecho penal, de las demás ramas del derecho o de los medios de control social informal. El valor del bien tutelable debe compensar el coste final

56 TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *Violências e dilemas do controle social nas sociedades da "modernidade tardia". São Paulo Em Perspectiva*, São Paulo, vol. 18, nº 1. 2004. p. 6.

57 BRANDT, Richard B. *The utilitarian theory of criminal punishment*. p. 411.

del procedimiento: desde la activación de la máquina del Estado para investigar el caso hasta el fin del proceso, con la decisión judicial. En estos costes no solo se incluyen los gastos económicos, sino también el tiempo y el desgaste derivados del tratamiento criminal deparado a un conflicto. Si el Estado entiende que el problema debe ser resuelto con el control formal, existen también otros medios menos costosos, como la reparación civil de los daños causados o las multas administrativas.

Todos los medios no penales deben tomarse en consideración antes de recurrir al derecho penal. El derecho posee otras disciplinas que también presentan formas de resolución de conflictos. El derecho administrativo y el civil son menos costosos, ya que la sanción conminada no priva al agente de su libertad, ni lo coloca en la condición de acusado o reo en un procedimiento criminal. En caso de aplicación de la sanción, tampoco sobrevienen consecuencias drásticas, como los antecedentes y la reincidencia, que se arrastran durante largo tiempo. En ese punto se manifiesta la utilidad de la mayor eficacia.

2. La mayor libertad de los ciudadanos

Otro aspecto utilitarista del derecho penal es la finalidad de lograr la mayor eficacia de tutela preservando la mayor libertad de los ciudadanos. El derecho penal restringe la libertad de todos cuando prohíbe ciertas conductas y, por ello, en un estado liberal, ese costo debe ser compensado. De este modo, el cálculo debe considerar la protección del bien y la parte de libertad sustraída a los destinatarios de la norma.

Las normas penales, en general, son prohibitivas. La prohibición se complementa con la sanción conminada a quien practica el hecho descrito como delito. Cuanto mayor es el protagonismo de los tipos penales en un ordenamiento, menor es la libertad de actuar de los miembros de la sociedad. Si el número de conductas prohibidas es elevado, también lo será la incomodidad del ciudadano, sabiendo que hay grandes posibilidades de incurrir en un crimen y de afrontar responsabilidades penales. Si el proceso de criminalización no es racional, esto es, consonante con las directrices para incrementar la utilidad de la norma, el derecho penal tendrá un valor meramente simbólico y su legitimación se encontrará en crisis⁵⁸.

El saldo final de la eficacia de la norma y de su nivel de prohibición debe ser la mayor parcela de libertad posible. En consecuencia, la ley penal, por su mayor rigor, presentará un menor saldo cuanto más se emplee por el Estado. La reducción de la libertad de los ciudadanos solo podrá justificarse por la eficacia de la tutela penal en el caso concreto. El razonamiento utilitarista, de este modo, considera que la utilidad de la prohibición reside en el mayor grado de eficacia en la protección del bien jurídico. Si la eficacia de la norma no supera el atentado a la libertad de los ciudadanos, la prohibición no tendrá utilidad y, por ello, será ilegítima. Esa es la utilidad de la mayor libertad.

58 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997. pp. 292 ss.

3. Utilitarismo normativo-axiológico

Avanzados los anteriores conceptos, procede presentar la propuesta de un utilitarismo normativo-axiológico aplicable al derecho penal. Si su función es proteger los bienes jurídicos relevantes preservando la mayor libertad posible de las personas, su utilidad depende del cálculo elaborado a partir de sus prohibiciones, y de la eficacia obtenida. Como no existe certeza sobre la eficacia real de la ley, se debe trabajar con las probabilidades de que determinada prohibición tenga los efectos deseados en la defensa de los intereses pretendidos⁵⁹.

El utilitarismo normativo-axiológico es la búsqueda de una utilidad del derecho penal con base en la defensa de los intereses de terceros, cuando son atacados sin consentimiento de sus titulares, y de los intereses propios, cuando perjudican el ejercicio de la autonomía. El primer adjetivo –normativo– se refiere al conjunto de las normas de naturaleza penal, dirigidas a las personas en general, sin restricciones. Son reglas de comportamiento que tienen el objetivo de evitar perjuicios a los intereses tutelados por el derecho penal. En rigor, todos deben actuar conforme a la norma para que se logre la utilidad.

El segundo adjetivo –axiológico– se relaciona con los valores intrínsecos y los intereses protegidos. La valoración tiene como referencia la garantía de la autonomía de elegir un comportamiento que respete a uno mismo y a los demás. La autonomía se presenta como el valor principal que el derecho penal debe garantizar a todas las personas. Cuando no haya autonomía, el Estado debe intervenir para preservar el bien jurídico en cuestión, asumiendo una postura que probablemente sería la elegida por la persona. Ausente la autonomía, el Estado suple la laguna como si el sujeto hubiese consentido hipotéticamente en la protección de sus intereses.

La utilidad de orden axiológico parte del presupuesto de que la norma penal no puede ejercer la protección de cualquier bien jurídico. Es necesario evaluar si la protección pretendida atiende a la mejor preservación de la autonomía de la persona. Por ello, debe agregarse un análisis axiológico a la intervención guiada por los principios fundamentales del derecho penal (principalmente, subsidiariedad, lesividad y proporcionalidad). La imposición de comportamientos debe evitarse en las actitudes que no afecten a la autonomía de terceros o del propio titular del bien. Como el valor de lo que es bueno pasa por el filtro interno de la propia persona, el único valor que puede ser objetivamente asimilado por el legislador es la autonomía.

La ética normativa y la ética axiológica ejercen funciones diferentes de la filosofía. Lo que *debe ser hecho* no se confunde siempre con lo que *es bueno*. El derecho penal debe asegurar a cada individuo el derecho de evaluar su propia vida, y decidir qué es mejor para sí mismo⁶⁰. Al asegurar la autonomía individual, al mismo tiempo en que lo correcto es conceder el derecho a decidir con base en la evaluación subjetiva, el sujeto tiene la determinación de actuar según su voluntad.

59 NERI CASTAÑEDA, Héctor. Acción abierta, utilidad y utilitarismo. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 3, nº 9, septiembre 1969. p. 79.

60 DIEGO FARRELL, Martín. op. cit. p. 141.

La discusión sobre qué bienes deben ser tutelados es muy amplia, y está repleta de problemas. Lo que es correcto para unos puede no serlo para otros, y ello impide la elaboración de un catálogo de bienes jurídicos tutelados que agrade a todos. El interés propio de cada persona no es suficiente para prohibir u ordenar conductas, precisamente por la falta de coincidencia entre los intereses de todos los miembros de una sociedad⁶¹. Por ello, se defiende la autonomía como interés fundamental del derecho penal, para que cada uno elija lo mejor para sí, y no quede condicionado por cuestiones meramente morales.

Corresponde al Estado procurar los medios menos gravosos de proteger los intereses individuales, y solo hacer uso del derecho penal cuando no haya otra solución. Si la interferencia estatal fuese necesaria, los otros instrumentos de protección deben tener prioridad sobre la coerción. En caso de que sean necesarias medidas coactivas, éstas pueden no consistir en sanciones. Finalmente, si fuesen necesarias puniciones, las sanciones de derecho privado y de derecho administrativo deben tener prioridad⁶².

IX. CONCLUSIÓN

El utilitarismo es una forma de pensamiento y análisis del hecho que posee gran relevancia para el derecho penal. Mill fue uno de los grandes pensadores que priorizó la utilidad del acto sobre su valor. Si llevamos hasta sus últimas consecuencias las ideas de Mill en el derecho penal, el bien jurídico pierde valor en la teoría del delito, en favor del resultado pretendido por la prohibición. En consecuencia, debe tenerse cautela en el análisis de las consecuencias de una prohibición, para no fundamentarla sin considerar lo que se quiere tutelar.

Las consecuencias de una prohibición penal, partiendo de una visión utilitarista, deben tener en cuenta dos vertientes: la mejor protección del bien jurídico y la menor restricción de la libertad. El concepto de bien jurídico, a pesar de su importancia reducida con el surgimiento de nuevas formas criminales, no puede ser descartado. De este modo, siguiendo la propuesta de Mill, un bien jurídico debe estar directamente vinculado a la preservación de la autonomía de la persona.

En suma, la prohibición criminal debe ser eficaz en la protección de la autonomía individual, tutelando los intereses más importantes para el desarrollo humano. Al mismo tiempo, las restricciones a la libertad deben ser las menores posibles, en línea de principio solo cuando no haya consentimiento válido de la lesión al interés propio (sea en la autolesión, sea en la lesión provocada por tercero). La intervención exacerbada del Estado, prohibiendo conductas y escogiendo lo que es mejor para el individuo, contraría la preservación de la autonomía propuesta por Mill.

61 GAUTHIER, David P. *Morality and rational self-interest*. New Jersey: Prentice Hall. 1970. pp. 3 ss.

62 JAREBORG, Nils. Criminalization as last resource. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 02, 2004. p. 524.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry/MOORE, Michael. *Deontological Ethics*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/>>. (último acceso: 6 agosto 2009).
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.
- ANGELES, Peter A. *The Harper Collins Dictionary of Philosophy*. New York: Harper Collins. 1992.
- BIERMAN, A. K. *Life and morals, an introduction to ethics*. New York: Harcourt Brace Jovanovich. 1980.
- BLACKBURN, Simon. *Oxford Dictionary of Philosophy*. New York: Oxford University Press. 2008.
- BRANDT, Richard B. The utilitarian theory of criminal punishment. En: ARTHUR, John (coord.) *Morality and moral controversies: Readings In Moral, Social, And Political Philosophy*. New Jersey: Prentice Hall. 1981.
- BRONCANO RODRÍGUEZ, Fernando. Epistemología social y consenso en la ciencia. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 31, agosto 1991.
- CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. O utilitarismo em foco. Florianópolis: Editora UFSC. 2007.
- CHAN, Joseph. Legitimacy, Unanimity, and Perfectionism, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, nº 1, 2000.
- CRIMMINS, James E. Contending Interpretations of Bentham's Utilitarianism. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 29, nº 4, diciembre 1996.
- CRISP, Roger. Deontological ethics. En: HONDERICH, Ted (ed.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford: Oxford University Press. 2005.
- DIEGO FARRELL, Martín. *Privacidad, autonomía y tolerancia*. Buenos Aires: Hammurabi. 2000.
- DRIVER, Julia. The History of Utilitarianism. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>>. (último acceso: 10 junio 2009).
- DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. En: DWORKIN, Gerald (coord.) *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge/New York: Cambridge. 1988.
- _____. Positive and negative freedom. En: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.
- DZUR, Albert W. Liberal Perfectionism and Democratic Participation. *Polity*, Staten Island, vol. 30, nº 4, 1998.
- FEINBERG, Joel. The forms and limits of utilitarianism. *The Philosophical Review. The Philosophical Review*. Pittsburgh, vol. 76, nº 3, 1967.
- GALVÃO, Pedro. *A teoria utilitarista de J.S. Mill: uma caracterização*. Disponible en: <http://www.spfil.pt/trolei/tr01_galvao1.htm>. (último acceso: 4 agosto 2009)
- GAUTHIER, David P. *Morality and rational self-interest*. New Jersey: Prentice Hall. 1970.
- GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- GRECO, Luis, TORTIMA, Fernanda Lara (coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- HARE, R. M. *Freedom and reason*. Oxford/New York: Oxford University Press. 1963.

- HOWARD-SNYDER, Frances. The Heart of Consequentialism. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Holanda, vol. 76, nº 1, octubre 1994.
- JAREBORG, Nils. Criminalization as last resource. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 02, 2004.
- KUHL, Kristian. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Vahlen. 2005. pp. 196 ss.
- MARKIE, Peter. *Rationalism*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>> (último acceso: 20 marzo 2010).
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Indianapolis: Hackett Publishing Company. 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: B de F. 2003.
- MOORE, G. E. *Ethics*. London: Oxford University Press. 1912.
- NERI CASTAÑEDA, Héctor. Acción abierta, utilidad y utilitarismo. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 3, nº 9, septiembre 1969.
- OMAR SELEME, Hugo. ¿Puede el utilitarismo ser deontológico? Una respuesta a Kymlicka. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 36, nº 107, agosto 2004.
- PLAMENATZ, John. *The English Utilitarians*. New York: Macmillan, 1949.
- RACHELS, James. *The elements of moral philosophy*. New York: Random House. 1986.
- RIVERA LOPEZ, Eduardo. De la racionalidad a la razonabilidad: ¿Es posible una fundamentación epistemológica de una moral "política"? *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Ciudad de México, vol. 29, nº 86, agosto 1997.
- ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. An Argument for Consequentialism. *Philosophical Perspectives*, Oxford, vol. 6, Cuaderno *Ethics*, 1992.
- _____. *Consequentialism*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>>. (último acceso: 4 agosto 2009).
- SPARKS, Jared/EVERETT, Edward/LOWELL, James Russell. Critical notices. *The North American Review*, Boston, vol. 97, nº 200, julio 1863.
- TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. Violências e dilemas do controle social nas sociedades da "modernidade tardia". *São Paulo Em Perspectiva*, São Paulo, vol. 18, nº 1. 2004.
- WARNOCK, G. J. *The object of morality*. Londres: Methuen Young Books. 1971.