

El principio de lesividad como garantía penal*

LUIGI FERRAJOLI**

Resumen

En el presente artículo, se aborda la problemática de la justificación del derecho penal, a partir de un análisis del principio de lesividad -u ofensividad-, discutiendo la validez de una construcción de dicho principio a partir de referencias internas al sistema penal, o referencias externas al mismo.

Abstract

In the following article, it is approached the justification of the Criminal law, starting from the Harm principle, arguing the validity of a construction of this principle, starting from internal or external references at the Criminal System.

Palabras Clave

Funcionalismo, principio de lesividad, garantismo, justificación del derecho penal.

Key words

Functionalism, Harm principle, guarantism, Criminal law's justification.

* Este texto corresponde a una conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 13 de noviembre de 2008. La traducción del original en italiano ha sido realizada por Diana Restrepo Rodríguez, Doctora en Derecho penal en la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia y profesora de derecho penal de la Universidad de Antioquia. N del T.

** Profesor ordinario de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho en la Università degli Studi Roma Tre.

Sumario

1. El problema del fin del Derecho penal.
2. El principio de ofensividad en la filosofía jurídica y en la dogmática penal.
3. El principio de ofensividad y la laicidad del Derecho.
4. El principio de ofensividad y el Derecho penal del hecho.

1. El problema del fin del Derecho penal

En primer lugar quiero agradecer a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y en particular al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, por haberme invitado a llevar a cabo esta conferencia. El tema que se me solicitó desarrollar es el mismo tratado por Günther Jakobs en una conferencia realizada hace algunas semanas en esta misma Academia: ¿cuáles son las finalidades de tutela del Derecho penal? ¿Para qué fines, para la tutela de cuáles bienes, o intereses, o valores se justifica el Derecho penal? En síntesis: ¿para qué el Derecho penal? Esta es una clásica pregunta que remite a otra aún más general, que es la pregunta de fondo de toda filosofía del Derecho: ¿para qué sirve, qué justifica el Derecho? ¿Cuál es su fundamento axiológico?

Está claro que detrás de esta cuestión y de sus posibles, diversas soluciones –si el Derecho en general y el Derecho penal en particular estén dirigidos a la tutela de bienes jurídicos concretos o a la protección de la sociedad en cuanto tal, o quizá a la protección del Derecho mismo- siempre existirán distintas y a veces opuestas filosofías políticas: liberales o autoritarias, heteropoiéticas o autopoiéticas, inspiradas en la separación o en cambio en la confusión entre derecho y moral. Al contrario, la relevancia y las implicaciones prácticas en materia penal de estas distintas doctrinas y opciones políticas –liberales o autoritarias- se manifiesta normalmente en las igualmente diversas y opuestas concepciones sobre las finalidades de tutela del Derecho penal: la tutela de bienes jurídicos concretos, sean éstos derechos o bienes fundamentales, según las orientaciones liberales; o bien la tutela o la conservación del sistema social en cuanto tal, o la reafirmación del valor del derecho violado sólo porque éste es un derecho de acuerdo a las orientaciones no liberales. En resumidas cuentas, la oposición entre la tesis de las personas de carne y hueso y aquella de la sociedad o del orden jurídico como objetos de la tutela del Derecho penal, que remite inevitablemente a la contraposición entre diversas y opuestas concepciones –liberales y autoritarias- del sistema político.

Günther Jakobs –como es sabido y como lo ha confirmado en la conferencia antes mencionada¹- es seguramente uno de los más convencidos y autorizados

¹ G. JAKOBS, *¿Lesión de un bien jurídico o daño social? Una contribución a la teoría del Derecho penal*, manuscrito de la conferencia sostenida en la Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid.

promotores de la segunda tesis: el Derecho penal, dice, tiene la finalidad de tutelar las "instituciones sociales"². El delito, afirma, es "una perturbación de la estructura normativa de la sociedad; es decir, de lo que Amelung llama 'daño social'"³. Y agrega, retomando una definición de Knut Amelung: "una conducta es 'socialmente lesiva cuando es peligrosa para la capacidad permanente del sistema social de resolver los problemas de su supervivencia'"⁴. De manera todavía más explícita, en un escrito de hace algunos años –"¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?"⁵, traducido al castellano por Manuel Cancio Meliá⁵– sostiene que el fin del Derecho penal es la tutela del Derecho penal mismo; es decir, la protección de la vigencia de la norma, y que es la misma norma penal el objeto, lo que es lesionado por el delito.

Sin embargo Jakobs, en la conferencia que como se indicase realizó en esta Academia, rechaza con firmeza cualquier connotación política en sentido autoritario de su tesis. Y como fundamento de su neutralidad política presenta dos argumentos; uno de carácter metateórico, y otro de carácter teórico.

Digo inmediatamente, antes de examinar estos dos tipos de argumentos, que encuentro singular este intento de Jakobs por substraer sus propias tesis filosófico-jurídicas a las valoraciones de sus implicaciones políticas, y de preservarlas de críticas al ponerlas dentro de una pretendida objetividad y científicidad. Las concepciones filosóficas en torno a los fines del Derecho y a sus fundamentos axiológicos, tienen siempre un significado y una dimensión pragmática. Presentarlas como descriptivas en lugar de justificarlas con base en sus implicaciones y en las opciones ético políticas que se encuentran detrás de éstas, equivale a transformarlas en ideologías. Por ello, si se es responsable, deben explicitarse tales opciones, aunque sea sólo porque sus implicaciones prácticas son razones no secundarias para su aceptación o para su rechazo. Por lo demás, ni la importancia de esta cuestión ni el empeño con el que se argumentan sus diferentes soluciones se comprenderían, si esto no tuviese ninguna implicación práctica.

Pero entremos ahora a analizar los dos argumentos con los que Jakobs sostiene el carácter avalorativo de su concepción del Derecho penal. El primer argumento, de

2 Ibid., p. 9.

3 Ibidem.

4 Ibid., p. 3.

5 *Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsguterschutz und Schutz der Normgeltung* (manuscrito), traducción castellana de M. Cancio Meliá, *¿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* [nota de la traductora: este texto ha sido publicado en Colombia como parte de la obra de G. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, Colección de Estudios No. 28, pp. 41-62].

nivel metateórico, que Jakobs retoma de Knut Amelung, consiste en la reivindicación del carácter no prescriptivo ni valorativo sino “descriptivo” de su tesis⁶, comprobado por el hecho de que, sostiene este autor, ésta vale para cualquier sistema social, incluidas las dictaduras y las bandas de *gangsters*. Su falacia consiste, en mi opinión, en la confusión entre la justificación y la explicación y, en consecuencia, entre una aproximación filosófica y una aproximación sociológica. Lo que de hecho puede ser “descriptivo” es sólo una explicación, y no una justificación. Está claro que incluso las bandas de *gangsters* y las dictaduras, dirigidas las primeras a la organización de robos y extorsiones, y las segundas al dominio del dictador, adoptan las normas necesarias para su propia supervivencia, y estas normas pueden ser explicadas como medios funcionales para tal supervivencia y para las finalidades de robo y de opresión perseguidas. Pero de lo que se habla cuando se discute sobre las finalidades de tutela del sistema penal es de la justificación y por ello de los fines del Derecho penal, que son claramente diferentes a los de una banda de *gangsters*.

Obviamente, también se pueden ofrecer explicaciones sobre el Derecho penal, por parte de la sociología del Derecho. Podríamos explicar, por ejemplo, las leyes penales que en materia de seguridad se han adelantado en Italia, o el Derecho penal “al estilo Guantánamo” producido por los Estados Unidos de América luego del 11 de septiembre que busca obtener el consenso de los electores. Pero de lo que estamos hablando cuando discutimos sobre las finalidades de tutela del Derecho penal no tiene que ver con las explicaciones sociológicas y descriptivas, sino que se refiere a las justificaciones axiológicas y valorativas del Derecho penal. Pongamos un ejemplo: si el “Derecho penal del enemigo” del que habla Günther Jakobs hubiese sido presentado por este autor como una descripción de las prácticas punitivas experimentadas en Guantánamo y en Abu Ghraib, en donde los imputados efectivamente son tratados como “enemigos”, seguramente el resultado habría sido una explicación bastante convincente del “modelo Guantánamo”. Pero tal fórmula, como bien sabemos, ha sido usada por Jakobs para justificar, a cargo de esos que él mismo califica de “enemigos”, un trato penal diferenciado respecto al que se otorga a los “ciudadanos”. Se trata de una justificación, como es fácil de observar, completamente coherente con la justificación filosófica propuesta por este autor para el Derecho penal como sistema punitivo dirigido a la tutela del sistema social en cuanto tal. Y con certeza esta justificación –al igual que aquella contraria que en cambio asigna al Derecho penal la finalidad de la tutela de concretos bienes jurídicos de las personas de carne y hueso– no es una tesis descriptiva, sino una tesis valorativa. Del mismo modo que no son en ningún sentido descriptivas, sino prescriptivas, las tesis o doctrinas que asumen como fines y criterios de justificación del Derecho penal la prevención del daño social generado a la vigencia del Derecho mismo o, al contrario, la lesión de un bien individual.

6 Ibid., p. 4.

El segundo orden de argumentos desarrollados por Jakobs, de carácter más propiamente teórico, pretende igualmente minimizar las diferencias y en todo caso neutralizar el valor político de la oposición que él mismo instituye entre la "teoría del daño social" y la "teoría de los bienes jurídicos individuales". Ambas concepciones, como sostiene Amelung y lo repite Jakobs, en realidad se superponen, en cuanto la protección de la sociedad incluye la protección de los individuos. Es más, siendo el ser humano un individuo necesariamente social, impensable fuera de la sociedad, su protección es la misma cosa que la protección de su contexto social. También aquí nos encontramos frente a una aporía. En efecto, si es verdad que ambas teorías son equivalentes, entonces no se entiende de qué estamos hablando, dado que la cuestión en general, en tal caso, pierde todo sentido. Si en cambio entendemos que la cuestión tiene sentido –como ciertamente lo consideran Amelung y Jakobs, quienes se han ocupado por mucho tiempo de ésta y como queda demostrado por el amplio y apasionado debate que ha originado-, entonces ambas tesis no pueden ser equivalentes.

Por lo demás, como todos sabemos, la concepción del Derecho penal que abiertamente profesan Amelung y Jakobs es una concepción funcionalista, fundada en la teoría de los sistemas de Parsons y de Luhmann⁷, de la cual es difícil negar las graves implicaciones prácticas, diversas y opuestas de aquellas que se derivan de la doctrina liberal de los bienes jurídicos individuales como objeto de tutela del Derecho penal. Al contrario de esta doctrina, que en la tutela de bienes jurídicos concretos identifica el fin y al mismo tiempo una *condicio sine qua non* de la intervención penal, y por ello un límite al poder punitivo, la doctrina de Jakobs hace de la autoconservación del sistema y de la protección del Derecho mismo el fin del Derecho penal, más allá, y quizá también a costo de cualquier otro bien o interés. Está claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo. Además, el funcionalismo luhmaniano, y sobre todo su aplicación al Derecho penal, no es nada más que una versión sociológica del viejo estatalismo ético: la idea de la primacía del Estado, o si se prefiere del sistema social, sobre las personas, concebidas como subsistemas cuya tutela se admite sólo si es funcional a la conservación del sistema y por ello claramente inidónea para imponer límites a la potestad punitiva del Estado.

Más adelante veremos, analíticamente, las implicaciones autoritarias que una orientación de este tipo presenta en el plano de la dogmática penal. Pero desde ahora podemos identificar estas implicaciones en el plano de la filosofía del Derecho. Es precisamente en la autorreferencialidad en donde radica el inevitable significado

7 G. JAKOBS, *Lesión*, cit., p. 3.

autoritario de la opción filosófica de Amelung y de Jakobs a favor de la orientación funcionalista. El ya mencionado ejemplo de la banda de *gangsters* o de las dictaduras que es presentado para sostener el carácter neutral y descriptivo de sus tesis es iluminador. Preguntémosnos, precisamente, ¿cuándo las explicaciones (sociológicas) de un sistema de normas se identifican racionalmente con sus justificaciones (axiológicas)? Cuando se adopta el punto de vista del sistema mismo, y por ello es valorado desde arriba y no desde abajo; no desde la perspectiva de quien sufre las normas sino de quien las dicta; es decir, desde la perspectiva de los *gangsters* en el caso de la banda de *gangsters*, y del dictador en el caso de la dictadura; desde el punto de vista del legislador penal y del sistema político en el caso del Derecho penal.

De hecho, está claro que para el jefe *gangster* y para el dictador, la funcionalidad para la supervivencia del sistema-banda o del sistema-dictadura por parte de las normas por ellos mismos dictadas no es solamente una explicación de su congruencia con las finalidades del sistema, sino que es además una justificación de éstas. No es sólo un medio sino también un fin. Y lo mismo puede sostenerse para los legisladores y para los gobernantes, cuando éstos adopten únicamente el punto de vista autorreferencial de la propia autoconservación (piénsese en las leyes penales demagógicas y populistas que han sido antes señaladas), ignorando la perspectiva externa de los gobernados. También para éstos la finalidad del Derecho penal es la supervivencia del sistema; es decir, la protección de las "instituciones sociales", como dice Jakobs (no los bienes jurídicos individuales en concreto). No sólo la explicación de su funcionamiento, sino también su justificación. Pero el punto de vista de los gobernantes no es el mismo que el de los gobernados. Y en todo caso no puede ser el punto de vista ni de la dogmática penal, ni de la filosofía del Derecho.

2. El principio de ofensividad en la filosofía jurídica y en la dogmática penal

En este momento, podemos reformular los términos teóricos de la cuestión y valorar analíticamente –tanto desde el plano de la filosofía del Derecho como de la dogmática penal– las implicaciones de las tesis funcionalistas de Jakobs y Amelung. La verdadera alternativa, para la definición de eso cuya tutela justifica el Derecho penal, no es la indicada por Jakobs entre bienes jurídicos individuales y sistema social. La verdadera alternativa es aquella entre una concepción del bien jurídico como bien empíricamente determinado, externo al derecho mismo, y una concepción que en cambio identifica al bien jurídico, de manera autorreferencial, con el mismo orden jurídico y social. Se trata entonces de la alternativa, para usar el léxico luhmaniano, entre las concepciones "heteropoiéticas" y las concepciones "autopoiéticas" del Derecho penal⁸; es decir, entre la configuración del principio de ofensividad con

8 La categoría de la 'autopoesis' –elaborada por los biólogos chilenos H. R. Maturana y F. J. Varela en

referencia a la lesión de bienes empíricos externos al Derecho mismo o en cambio con referencia a la lesión del mismo orden jurídico y por ello del Derecho en sí. Y tal alternativa refleja y remite a una alternativa filosófica más amplia: la existente entre la concepción del Derecho, del Estado y de las instituciones políticas como artificios; esto es, como instrumentos construidos por los hombres para finalidades externas al Derecho mismo, y la concepción del Derecho y del Estado como fines y valores en sí, que tienen en su propia conservación, sin importar cuáles sean sus contenidos y características, su razón de ser.

Por lo demás, esta concepción; es decir, la idea de que, como escribe Jakobs, el daño del delito no consiste en una lesión de las personas ofendidas sino de la vigencia de la norma penal en sí, no representa ninguna novedad. Ésta es la respuesta, en términos funcionalistas, de la antigua espiritualización y desmaterialización idealista del "bien jurídico" que se dio en la cultura alemana de la primera mitad del siglo XX, y en particular en la escuela de Kiel, cuando éste fue identificado, en un primer momento, con la norma jurídica en sí, y luego con la fidelidad al derecho mismo⁹.

La cuestión filosófica de la cual hemos partido, acerca del porqué del Derecho penal, se vuelve a presentar de este modo como una opción entre la idea autopoietica del Derecho y del Estado como valores y fines en sí mismos y la idea heteropoietica de su carácter instrumental para la obtención de fines externos a éstos. Y en tal sentido, la cuestión de si por ello el Derecho penal deba tutelarse a sí mismo; o sea al orden y a la estabilidad social, o si en cambio deba estar finalizado, como condición para su justificación y legitimidad, a la tutela de bienes jurídicos directa o indirectamente vinculados a intereses vitales de las personas de carne y hueso.

¿Cuáles son estos bienes jurídicos? A esta respuesta podemos responder desde el plano de la filosofía del Derecho o desde aquél del derecho positivo y de la dogmática jurídica.

un escrito de 1973 para explicar las condiciones biológicas de la supervivencia- fue retomada por Luhmann y aplicada por éste como nuevo paradigma epistemológico a las ciencias sociales; cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1984, pp. 25 y ss. Sobre esta noción, véanse D. ZOLO, *Autopoiesis: un paradigma conservatore*, (1986), en *Complessità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 283-285; E. RESTA, *Stili cognitivi della legittimazione*, en R. TREVES (coord.), *Diritto e legittimazione*, Milano, Angeli, 1985, pp. 69 y ss. He contrapuesto las "doctrinas políticas autopoieticas" y las "doctrinas políticas heteropoieticas" — entendiendo como doctrinas del primer tipo a todas aquellas según las cuales el Estado es un fin en sí mismo que encarna valores supra-individuales, y como doctrinas del segundo tipo todas aquellas según las cuales el Estado es un instrumento finalizado a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos- en L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, (1989), Roma-Bari, Laterza, VII ed. 2002, § 59.1, pp. 923-925.

9 Sobre el desolador recorrido de la doctrina penal en el tema de los bienes jurídicos, desde las iniciales formulaciones iluministas y garantistas hasta los resultados totalitarios de los años treinta del siglo pasado, remito a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., § 33.2, pp. 469-472.

Desde una perspectiva filosófico-jurídica la respuesta, vuelvo a repetirlo, se encuentra evidentemente relacionada con las diversas opciones ético-políticas posibles. Para quien adopte una doctrina de justificación de tipo liberal democrático, los bienes que merecen protección penal se formulan asumiendo el punto de vista, externo al Derecho y por así decirlo desde abajo, de las personas de carne y hueso, y se identifican no sólo con los que Jakobs llama "bienes jurídicos individuales", como la vida, las libertades y los diferentes tipos de derechos subjetivos¹⁰, sino también con todos los bienes colectivos y en general aquellos determinados empíricamente, cuya tutela se da en interés de todos. Piénsese en los bienes lesionados por la corrupción, la concusión, las diversas formas de peculado, la bancarrota, las actividades contaminantes y otros similares. La consecuencia, entonces, es que la intervención penal se limita sólo a tales bienes. En cambio, para quien adopte una doctrina de justificación de tipo autoritario, los bienes jurídicos que merecen protección penal serán los formulados desde un punto de vista interno al sistema jurídico y por así decirlo desde lo alto, de la conservación –como expresan Jakobs y Amelung- del orden existente mismo, o de la estructura normativa de la sociedad, o cosas similares. La consecuencia, entonces, es que para la tutela de éstos se justificará todo tipo de expansión del Derecho penal. De este modo, las implicaciones de estas dos concepciones –una heteropoiética y la otra autopoiética- de la ofensividad son contrarias. En el primer caso, ésta se configura como una garantía penal de la persona y por tanto como un límite; es decir, como una condición necesaria (*sine qua non*) de la intervención penal. En cambio, en el segundo caso, se configura como una condición suficiente para legitimar esa intervención y por ello como un factor de expansión y maximización del Derecho penal.

Adoptando la distinción que en otros momentos he efectuado entre "incorporación limitativa" e "incorporación potestativa"¹¹, puede decirse que la primera se presenta en el primer caso, en el que la intervención penal implica que haya una ofensa, mientras que la segunda se presenta en el segundo caso, en el cual una ofensa implica que se dé una intervención penal.

Ahora bien, una alternativa así –entre una concepción autopoiética y una heteropoiética del Derecho penal- puede ser posible en la perspectiva de la filosofía política, pero no me parece posible en la perspectiva de la dogmática penal. En efecto, en tal plano, al menos en ordenamientos dotados de constituciones rígidas, la respuesta

10 La tesis que identifica el objeto del delito con un derecho subjetivo de la persona reúne a gran parte de la tradición iluminista. Ténganse en cuenta, al respecto, las alusiones que en L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., § 33.2, pp. 470 y 519, nota 30, se hacen a Christian Thomasius, Anselm Feuerbach, Gaetano Filangieri, Mario Pagano, Marie-Jean Condorcet, Gian Domenico Romagnosi, Wilhelm von Humboldt, Jeremy Bentham y Giovanni Carmignani.

11 Sobre las nociones de "incorporación limitativa" e "incorporación potestativa", remito a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 356-360.

a nuestra cuestión sobre la justificación del Derecho penal, y por ello la resolución de la alternativa antes mencionada, no se encuentra en absoluto desvinculada de parámetros jurídicos; esto es, de los bienes jurídicos expresamente protegidos por la Constitución. De hecho ha sucedido, en estos ordenamientos, que las constituciones han positivizado gran parte de los bienes transmitidos por la tradición liberal: por un lado, los derechos fundamentales; y por otro lado toda una serie de bienes comunes o colectivos como el ambiente, la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración pública, la separación entre las esferas públicas y privadas, etc. Si tomamos en serio las constituciones y su rol normativo respecto del Derecho positivo, estará claro que de éstas se deriva un anclaje normativo, de derecho positivo, para la doctrina filosófica que condiciona la intervención penal sólo frente a la tutela de los bienes directa o indirectamente reconducibles a los intereses vitales de las personas de carne y hueso.

Al contrario, no se puede sostener en el plano de la dogmática penal la doctrina filosófica opuesta que presentan Amelung y Jakobs. Ésta justifica la intervención penal solamente con la indeterminada función de tutela del sistema social. En efecto, existiendo una Constitución, la limitación de un bien de relevancia constitucional como la libertad personal se justifica sólo para tutelar bienes de rango igualmente constitucional, como son los bienes y los intereses constitucionalmente establecidos¹², y como con certeza no lo es el indeterminado valor de la estabilidad social o de la "estructura normativa de la sociedad".

A las mismas conclusiones se llega, por otro lado, si valoramos analíticamente las implicaciones que en el plano dogmático se derivan de la concepción autopoietica y de aquella heteropoietica del principio de ofensividad. Preguntémosnos: ¿cuál es el rol que normalmente se asocia a este principio en la construcción de la teoría del delito? Me parece que este principio, cuando se comparte la primera de las concepciones, desarrolla una doble función: a) como condición de la laicidad del derecho y de las instituciones estatales; b) como principal fundamento de la construcción de un Derecho penal del hecho y no del autor. En ambos casos se trata de un rol de garantía de las libertades y de limitación del arbitrio punitivo. En cambio, ninguno de estos dos roles, como trataré de demostrar, puede ser desempeñado por este mismo principio si se adopta una concepción autopoietica de éste, como la de Jakobs, que entiende por ofensividad la lesión de la "estabilidad social" o de la "estructura normativa de la sociedad"; expresiones vagamente sociológicas que ciertamente no son capaces de

12 Esta es la tesis de mayor difusión en la doctrina italiana y alemana. Al respecto véase, por todos, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, Utet, 1973, pp.14 y ss; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en M. De ACUTIS y G. PALOMBARINI (coords.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 3-84.

representar ningún límite contra el arbitrio punitivo. De hecho, también desde estos efectos se puede mostrar que el principio de ofensividad no opera como garantía; es decir, como límite y condición necesaria, sino como condición suficiente de la intervención penal y por ende como un factor para su expansión en lugar de para su minimización.

3. El principio de ofensividad y la laicidad del Derecho

Empecemos por la primera cuestión; es decir, la de la laicidad del Derecho y de las instituciones sociales. El principio de ofensividad, comprendido en un sentido heteropoiético, incluye y al mismo tiempo está incluido en esa gran conquista de la modernidad jurídica que es la separación axiológica entre el Derecho y la moral. El Derecho, en virtud de esta división, no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral. Una pretensión así, en una sociedad pluralista en la que conviven varias culturas y concepciones morales, se traduciría inevitablemente en la pretensión de imponer jurídicamente a todos, incluso a quienes no la comparten, la moral dominante. Por ejemplo, en Italia o en España, la moral católica. En cambio, en garantía del pluralismo moral y político; esto es, de la convivencia pacífica de varios puntos de vista morales, es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad.

De ello proviene la licitud de los actos internos, de aquellos contra sí mismo o contra la religión y, en general, de los comportamientos no lesivos, que entran todos en la esfera de libertad de todos y cada uno. De ello proviene el derecho de todos a cultivar pensamientos malvados y de realizar actos (considerados por algunos) inmorales, siempre que éstos no generen daños a terceros, sin que la cuestión interese en ningún modo a las instituciones jurídicas y muchísimo menos a las instituciones penales. Es esta neutralidad moral, ideológica y cultural del Derecho la que garantiza la laicidad de las instituciones públicas y la que, al mismo tiempo, permite fundar la autenticidad de la ética laica. Entendiendo por "laicidad", en ambos casos, la recíproca autonomía entre el Derecho y la moral, y entonces el rechazo meta-ético de dos confusiones contrarias. Por un lado está la pretensión iusnaturalista de la imposición jurídica de la moral que en realidad se reduce a la imposición de una determinada moral y a la idea de que la acción moral debe ser sostenida por el brazo armado del Derecho antes que por su valor como fin en sí. Por otro lado, está la pretensión ético-legalista contraria de la valoración y legitimación *a priori* del Derecho en cuanto tal, que se reduce de hecho a la desvalorización y deslegitimación moral de la crítica y del disenso.

Pues bien, ¿será posible asociar al principio de ofensividad semejante rol de garantía de la laicidad y de las libertades si se lo entiende en el sentido autopoiético

o autorreferencial de Günther Jakobs? La respuesta es evidentemente negativa. Si por la lesividad de una conducta se entiende de manera general la "perturbación de la estructura normativa de la sociedad" o un no mucho más preciso "daño social", es difícil que el principio de ofensividad pueda operar como un límite a la potestad punitiva y, en particular, que pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere "inmoral". En efecto, desde esta perspectiva, la moral misma —y en particular la moral dominante— se puede concebir como constitutiva de la "estructura normativa de la sociedad" y elevarse y protegerse en un rango de "moral oficial". Dígase lo mismo de la homogeneidad cultural, o política, o ideológica, que nada impide que sea representada como una característica de la mencionada "estructura normativa", y por ello capaz de legitimar la punición del disenso.

En resumidas cuentas, precisamente por su extrema generalidad e indeterminación, el principio de ofensividad interpretado en términos de lesividad del sistema social en general, antes que de bienes jurídicos determinados en concreto, no es capaz de desenvolver ningún rol de limitación al arbitrio punitivo ni de garantía de las libertades individuales. En cambio, puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar sólo como fuente de legitimación pero no de deslegitimación del Derecho penal.

4. El principio de ofensividad y el Derecho penal del hecho

Se puede presentar un discurso análogo frente al modelo de Derecho penal que estas dos concepciones contrarias del principio de ofensividad podrían fundar y justificar: el Derecho penal del hecho por un lado, y el Derecho penal del autor por el otro.

Ciertamente, la idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado. De hecho, la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable. De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima *nulla poena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace. La "libertad", dice el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, "consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás". Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y castigar, en virtud de los principios de

ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o a-normales, o desviadas, o extrañas, como en distintos modos lo plantean las distintas antropologías de la desigualdad. Por esto varias veces he hablado, en una aparente paradoja, de un derecho a la inmoralidad y a la maldad; es decir, un derecho a ser inmorales o malvados¹³. Se trata de una garantía elemental del principio de igualdad y de las libertades fundamentales, que he expresado a través de la tesis de la inadmisibilidad, en materia penal, de las normas constitutivas; es decir, de las normas que penalicen el ser en lugar del hacer, constituyendo tipos de sujetos criminales y dañinos o peligrosos, antes que previendo tipos de acciones criminales y dañinas o peligrosas¹⁴.

Gracias a esta precisión es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo "nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional"; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que "nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro". El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *condicio sine qua non* de la intervención penal.

Además, la concepción del bien jurídico que aquí se propone, como bien empíricamente determinado, permite igualmente plantear en términos más lógicos la cuestión surgida desde hace años sobre los delitos de peligro. En efecto, puede afirmarse que la lesión del bien entendida de esta manera, proviene o de delitos de daño, o de los delitos de peligro consistentes, según la fórmula clásica de Francesco Carrara, en el "peligro corrido" por el bien mismo¹⁵. Por ello se exige, para que esté justificada la punición de un comportamiento, que como consecuencia de éste el bien tutelado haya "corrido" efectivamente un peligro. De esto se deriva, por un lado, la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, y por el otro, una más

13 Remito, sobre el derecho a la inmoralidad y a la maldad, a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., § 15.3, p. 208; § 34.4, p. 488 y *passim*.

14 Sobre la inadmisibilidad en el Derecho penal de las normas constitutivas, remito a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., §§ 36.2 e 36.3, pp. 510-515, y a L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, § 15.2, p. 313.

15 La idea carrariana de "peligro corrido" me parece mucho más clara y precisa que la noción de "peligro concreto": cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, (1859), Firenze, Fratelli Cammelli, 1907, X ed., §§ 97 y 352, pp. 126 y 324.

precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto. Tanto el daño como el peligro corrido, configurándose como elementos constitutivos del delito, deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora.

Ahora bien, todo este conjunto de límites a la potestad punitiva, claramente no puede provenir de las nociones de la ofensividad y del bien jurídico propuestas por Jakobs. Si el bien tutelado por la norma penal y su misma "vigencia", si el daño generado por el delito no consiste en la lesión de un bien externo a éste, sino en la lesión de la misma norma jurídica, si, en últimas, el fin del Derecho penal es la protección de sí mismo, entonces está claro que una concepción así del bien jurídico, de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena no es capaz de sugerir ningún límite al Derecho penal. Con base en esta concepción autopoiética, todos los delitos son delitos de mera desobediencia.

Y no sólo esto. Es precisamente con base en una noción semejante, que puede legitimarse la construcción de un Derecho penal de autor, antes que de un Derecho penal del hecho, mediante la configuración como lesivas de incluso las identidades personales, por ser (valoradas como) subversivas, o terroristas, o fundamentalistas, o con diversas inclinaciones hacia el delito, u objetivamente peligrosos, o bien como enemigos. De hecho, también las identidades malvadas o peligrosas pueden ser representadas como una amenaza para el orden constituido, y como tales ser penalizadas, con base en el paradigma funcionalista, independientemente de la comisión de un hecho y de la consecución de las respectivas pruebas de ello. Es la misma concepción de la culpabilidad promovida por Jakobs la que confirma semejante desmaterialización del Derecho penal. Según este autor, la culpabilidad no consiste en la conciencia y voluntad de ofender un determinado bien; es decir, de producir un determinado resultado lesivo o peligroso para otros sujetos. Ésta consiste —como lo escribe Jakobs en el ya mencionado artículo: *¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?*— en la "configuración del mundo" en oposición a la norma; esto es, en oposición a "la estructura normativa de la sociedad" que con el delito es propuesta por el autor. En otras palabras, consiste en la infidelidad al ordenamiento manifestada por la desobediencia. Y la pena, a su vez, tiene el fin —función de prevención general positiva— de promover "la fidelidad al ordenamiento como actitud natural"¹⁶.

Por lo demás, no por casualidad es a Jakobs a quien se debe la construcción de la figura más inquietante de subjetivización del Derecho penal: la del "Derecho penal del enemigo"¹⁷, que recuerda nefastos modelos despóticos del pasado —desde

16 G. JAKOBS, *¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?*, cit., p. 7 [*Sobre la normativización...*, cit., p. 48].

17 G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, en G. JAKOBS y M. CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56; G. JAKOBS, "Terroristen als Personen im

la vieja figura estalinista del “enemigo del pueblo” hasta el modelo penal nazi del “tipo normativo de autor” (*Tätertyp*)- con los cuales comparte la centralidad asignada no ya al delito, sino al delincuente, que se configura -de acuerdo a una lógica de guerra- como enemigo a examinar y suprimir antes que como ciudadano a juzgar. Hay un pasaje terrible en el artículo apenas citado de Jakobs que explicita los fundamentos axiológicos y las potencialidades expansivas de su doctrina del Derecho penal del enemigo: “la persona en el Derecho”, escribe Jakobs¹⁸, “sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma: si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo: es decir en una no-persona”.

Entonces los delincuentes “permanentes” –sin que esté claro por cuáles delitos y con qué grado de reincidencia o de habitualidad- son para Jakobs enemigos; aún más: no personas. Pues bien, ¿cómo no ver la radical oposición de semejante concepción del Derecho penal y del delincuente a los principios de igualdad y de dignidad de la persona; mejor dicho, de la igual dignidad social de las personas establecida en todas las constituciones avanzadas? En conclusión, esta doctrina del Derecho penal del enemigo no sólo es totalmente coherente con la concepción de la ofensividad de Jakobs, sino que representa el banco de prueba de sus significados e implicaciones autoritarias. Toda la estructura del Derecho penal se ve con esto profundamente perturbada en sus principios fundamentales: desde el principio de legalidad, que entonces se orienta a la prevención de tipos de autor antes que de tipos de acción, al principio de igualdad, disuelto por la diferenciación de los seres humanos en personas y no personas, hasta las formas del proceso penal, dirigidas al examen de la persona y a la identificación del enemigo que inevitablemente termina –no siendo mediada por la prueba de hechos precisos de enemistad- en la punición de los sospechosos.

Un modelo así de Derecho penal, como he dicho al inicio, refleja sin lugar a dudas las prácticas y tendencias de las modernas políticas securitarias y de la emergencia. Y tenemos que ser conscientes –incluso a la luz de su clamoroso fracaso- de que esto equivale a una disolución del Derecho penal y a una negación de la racionalidad penal.

Recht?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, fasc. 4, pp. 117-134. Remito, al respecto, a L. FERRAJOLI, “Il 'diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale”, en *Questione Giustizia*, 2006, n. 5, pp. 797-812, traducido al español en *Democracia y garantismo*, ed de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 234-250.

18 G. JAKOBS, *¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?*, cit., p. 5 [Sobre la normativización... cit., p. 46].

Bibliografía

- BRICOLA, FRANCO, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, Utet, 1973, pp.14 y ss; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en M. De ACUTIS y G. PALOMBARINI (coords.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, (1859), Firenze, Fratelli Cammelli, 1907, X ed.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, (1989), Roma-Bari, Laterza, VII ed. 2002.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Il 'diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale", en *Questione Giustizia*, 2006, n. 5, pp. 797-812, traducido al español en *Democracia y garantismo*, ed de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol.II, *Teoria della democrazia*, Roma, Laterza, 2007.
- JAKOBS, GUNTHER, *¿Lesión de un bien jurídico o daño social? Una contribución a la teoría del Derecho penal*, manuscrito de la conferencia sostenida en la Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid.
- JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, en G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- JAKOBS, GUNTHER, "Terroristen als Personen im Recht?", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, fasc. 4.
- JAKOBS, GUNTHER, *Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsguterschutz und Schutz der Normgeltung* (manuscrito), traducción castellana de M. CANCIO MELIÁ, *¿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* [nota de la traductora: este texto ha sido publicado en Colombia como parte de la obra de G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, Colección de Estudios No. 28, pp. 41-62].
- LUHMANN, NIKLAS, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1984.
- RESTA, ELIGIO, *Stili cognitivi della legittimazione*, en R. TREVES (coord.), *Diritto e legittimazione*, Milano, Angeli, 1985.
- ZOLO, DANILO, *Autopoiesis: un paradigma conservatore*, (1986), en *Complessità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 1987.