

## **DERECHO PENAL MÍNIMO Y BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES\***

**Prof. Luigui Ferrajoli**

**Profesor de la Universidad de Camerino, Italia**

### **1. CUATRO CUESTIONES EN EL TEMA DE BIENES JURIDICOS**

Desde hace algunos años asistimos, en Italia, Alemania y España, a un nuevo despertar de intereses y reflexiones teóricas y empíricas por parte de penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho, acerca del problema del bien jurídico. En torno a este problema viene a la vez tematizada la función -utilitaria y garantista- del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos. La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal.

Por otra parte las políticas del Derecho Penal parecen orientarse hoy en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

Esta distancia entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantista y las tendencias prácticas de los sistemas penales, exige que el problema del bien jurídico, que es el problema de los fines del Derecho Penal, sea repensado y analizado en los distintos niveles (axiológico, jurídico-positivo y sociológico) de la reflexión penal. Empecemos diciendo que bien jurídico es una palabra densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico, equivale a expresar sobre él un juicio de valor; decir que es un bien jurídico penal, equivale a expresar un juicio de valor penal, es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y puciones de su infracción. Se entiende así el significado axiológico de "límite" o

"garantía" del concepto de bien jurídico: "un objeto debe ser un bien jurídico porque su tutela penal esté justificada", pero ¿cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales? para responder estas preguntas conviene distinguir cuatro órdenes de cuestiones que corresponden a otros tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico:

- a) Si deben existir bienes, y cuáles, para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales.
- b) Si existe un cierto ordenamiento el vínculo normativo del daño a ciertos bienes, y a cuáles para legitimizar constitucionalmente las leyes penales.
- c) Si un cierto ordenamiento tutela legalmente los bienes determinados como se fijó arriba, y cuáles otros bienes o no bienes tutela dicho ordenamiento.
- d) Qué cosa, es decir, cuáles bienes o no bienes tutela efectivamente dicho ordenamiento.

De estas cuatro cuestiones, la a) es de carácter ético-político, la b) de carácter jurídico-constitucional, la c) jurídico-penal; y, la d) de carácter sociológico o factual. Además, mientras a) es jurídicamente axiológica, las otras son descriptivas, aunque con referencia a universos distintos, esto es, a la constitución, a las leyes ordinarias y a la realidad social; pero la respuesta a cada una de las tres primeras tiene un valor axiológico con respecto a la última. En fin, mientras la primera y la última cuestión expresan un punto de vista externo (que es, por su orden, de tipo axiológico y de tipo fenomenológico), la segunda y tercera expresan un punto de vista interno al ordenamiento, relativo en la primera a lo que el Derecho Penal "debe ser" sobre la base de la constitución, y la segunda a lo que el Derecho Penal es sobre la base de las leyes. Es inútil decir que muchas de las incomprensiones, equívocos y dificultades que se presentan en las discusiones sobre el bien jurídico en Derecho Penal se originan en el hecho de que estas cuestiones, las cuales admiten diversidad de respuestas sobre la base de indagaciones y o de argumentos diversos, son frecuentemente tratados confusamente.

## **II. EL PROBLEMA AXIOLOGICO DE LA OFENSIVIDAD DE BIENES FUNDAMENTALES**

De nuestros cuatro órdenes de problemas, el primero se refiere a la justificación externa o ético-política de las prohibiciones penales. Su distinción respecto del segundo y tercer problema, que se refieren a la legitimación interna o jurídica de las normas penales, es esencial en mi opinión para no caer en formas más o menos enmarcadas de legalismo ético. Mientras se confunden estos diferentes órdenes de problemas (uno de ética-normativa, los otros de ética-descriptiva) se continuará inevitablemente a afrontar con óptica legalista los problemas ético-políticos de la justificación del contenido de las prohibiciones, y con óptica justificacionista los problemas jurídicos de los intereses

y no intereses tutelados por las leyes positivas; y la fórmula del "bien", así como las del "daño" y de la "ofensividad", girarán en el vacío sustrayéndose por igual a la carga de la justificación y a la del reconocimiento de los bienes jurídicos tutelados penalmente.

El problema filosófico de la justificación axiológica externa de las prohibiciones penales fue un problema central en el pensamiento iluminista, el cual, como se sabe formuló por primera vez el principio de ofensividad penal sobre la base de una firme opción utilitaria. Solo el daño causado a otros (afirmaron concordamente Croccio, Hobbes, Pufendorf, Tomasius, Beccaria y Benthan) puede justificar la prohibición y la punición de un comportamiento. Es claro que semejante principio, con el cual se postuló la secularización del Derecho y su separación de la moral es ya de por sí un potente criterio de delimitación cualitativa de la esfera penal que valió para excluir de ella todos los comportamientos solo inmorales, los actos contra uno mismo, los vicios y las inclinaciones malas, los actos internos, los estados de ánimo, etc. Al mismo tiempo, en cuanto implica un balance entre el costo de las penas y el de los daños prevenidos por ellas, el principio de utilidad sirve además para delimitar cuantitativamente la esfera del Derecho Penal caracterizándolo como *ius-necessitatis* sólo permitido como remedio extremo para las violaciones más graves y no prevenibles por otros medios. "Oficio de las leyes, que son reglas autorizadas (escribió Hobbes) es hacer que los ciudadanos no se perjudiquen unos a otros..., de modo que una ley que no es necesaria,, por faltarle el verdadero fin de la ley, no es buena . *Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico*", afirma Beccaria citando a Montesquie; además, agrega *"prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que no pueden nacer sino crear otros nuevos"*. Y Bentham polemiza duramente, en nombre del principio de utilidad, contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo de castigar una cantidad innumerable de violaciones fútiles y pueriles.

Mucho más difícil es el problema de "cuáles deben ser" los tipos de bienes cuya tutela justifica la prohibición, como delitos, de los comportamientos que los ofenden. Aquí el principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto, el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales reconocer un bien como merecedor de tutela penal. Según el pensamiento iluminista (de Tomasius, Feuerbach y Humboldt, de Bentham y Condorcet, a Filangieri, Romagnosi, Pagano y Carmignani) el objeto del delito debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona: comprendidos en esta expresión los bienes fundamentales indicados por Locke como aquellos para cuya tutela se constituye el Estado, esto es *"la vida y cuanto contribuye a su conservación, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo o los bienes"*. Como se sabe, esta noción restringida sufre después una parábola al término de la cual perdió

*todo valor axiológico: extendiéndose primero, con Birnbaum, a cualquier "bien que debe ser tutelado por el Estado "; con Hegel abstractizándose y llevando su referencia empírica de "lo que es justo en su existencia" al "derecho en sí", de la parte lesionada "al universal lesionado", y siguiendo las huellas de Hegel, perdiendo todo vínculo con los intereses materiales de los individuos de carne y hueso y llegando a comprender, para Ihering "todo lo que puede servir al interés del Estado" y Binding todo lo que "tiene valor a los ojos del legislador"; en fin, en las doctrinas fascistas y nazis, identificándose directamente con el interés del Estado o peor aún con el sentimiento del deber y de la fidelidad a su jefe, de manera que pasa de ser criterio de delimitación y deslegitimación externa, a ser un instrumento autoreflexivo de legitimación ético-político del poder punitivo.*

Frente a estas perversiones ético-estatalistas, el primer objetivo de la cultura penal-democrática de la segunda post-guerra fue por un lado restaurar la referencia semántica del concepto de "bien" a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las (o preexistentes a las) normas jurídicas; por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica, aunque solo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales. Esta identificación del horizonte axiológico de los bienes jurídicos con la constitución me parece, por otra parte, un residuo de legalismo ético, aunque ello sea en la versión progresista del constitucionalismo ético. En efecto, si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre Derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal no puede depender ni ser condicionada de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente, prescindiendo del ordenamiento que tenemos en frente.

Es claro que aquí entran en juego las diversas concepciones y opciones políticas sobre las funciones del Estado en el tema del control punitivo y más en general sobre las relaciones entre Estado y ciudadano y entre poder y libertad. Una visión teológica o ética o de cualquier modo idealista del Estado será llevada a reconocer un bien merecedor de tutela en cualquier cosa que guste al soberano, y una ofensa en cualquier cosa que le disguste. Pero según Giuseppe Maggiore, penalista facista y católico "todo delito es en definitiva un delito de felonía, un crimen de lessa majestad".

Resultados no muy distintos, como se ha visto, ha tendido gran parte de la cultura penalista del último siglo, la cual, elaborando sobre bases jurídico-formales, doctrinas políticas o sustanciales del bien jurídico, llega a concebir el Estado como bien supremo y su interés o su voluntad como valores a priori, transmutando de este modo la legitimación externa con la interna y pasando del positivismo jurídico al estatalismo ético. Por el contrario, una concepción laica y democrática del Estado y del Derecho Penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no solo el daño sufrido sino también el peligro

corrido. Obviamente el problema es qué entender por "bienes fundamentales de las personas". Es claro que se trata de una noción que incluye todos los "derechos fundamentales", no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc. Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas. Entonces podemos llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.

Naturalmente que el criterio resulta un poco genérico e indeterminado. Se lo puede precisar afirmando que ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Obviamente tal comparación no es posible de modo riguroso sino solo a través de juicios de valor. Esto no quita, como veremos que el mismo pueda actuar como poderosa "navaja de Occam" en relación con la crisis inflacionaria que hoy obliga a la justicia penal.

### **III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA GARANTIA DE LA OFENSIVIDAD PENAL**

Otro orden de problemas es el expresado por la pregunta de si en un determinado ordenamiento existe el limite interno de la ofensividad de un cierto bien y cuáles son los bienes a cuya tutela las leyes están vinculadas. Ambas cuestiones atañen a las condiciones de legitimidad interna de las prohibiciones tal como pueden apreciarse no por medio de juicios de valor sino a través de aserciones basadas en el análisis de las leyes positivas; y por ello admiten soluciones diversas según los ordenamientos de que se hable. Por ejemplo en muchos ordenamientos socialistas el requisito de la ofensividad aunque no sea personal se encuentra enunciado expresamente en los códigos penales en los que sin embargo no figura como un elemento estructural del delito sino como una condición en cuya ausencia tiene lugar una discriminante sometida a la valoración prudencial equitativa del Juez.

En nuestro Código Penal, el mismo principio, aún cuando no expresado explícitamente, ha sido reconocido por una reciente doctrina en los artículos 43 y 49, 2do. Apartado, que requieren uno la existencia y el otro la posibilidad de un "resultado dañoso y peligrosos" como elemento estructural del delito. Más discutible es si dicho principio ha sido constitucionalizado en nuestro ordenamiento. Ciertamente que nuestra Constitución aún vinculando el contenido de las prohibiciones penales al respeto de muchos otros principios (de libertad, igualdad, etc.) no contiene ninguna norma que enuncie

expresamente el vínculo de la ofensividad personal. Pero se ha sostenido autorizadamente que el principio en nuestra Constitución la cual excluye (sobre todo con los artículos 13, 25, 27) que el bien constitucional primario de la libertad personal pueda ser privado por medio de penas detentivas, sino es para tutelar bienes jurídicos que a su vez son constitucionalmente relevantes. Si se comparte esta tesis, puesto que el valor constitucionalmente más relevante es el de la persona humana, también nuestro principio de justificación externo de la ofensividad personal recibe fundamento constitucional aunque sea directo. En todos los casos, más allá de los argumentos textuales, sería ilógico pensar que la constitución pueda admitir privaciones de aquel bien constitucionalmente relevante que es la libertad personal, salvo para prevenir lesiones de bienes de rango igualmente constitucional. También el criterio de la comparación, mediante juicios de valor, entre costos de las penas y costos de los delitos prevenidos por ellas tiene, consiguientemente, un fundamento constitucional.

#### **IV. EL PROBLEMA DE LOS BIENES JURIDICOS LEGALMENTE TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL**

Es una cuestión completamente diferente sí, y en qué medida, un determinado sistema jurídico satisfaga el principio de ofensividad, es decir, tutela legalmente los bienes, en particular constitucionales y más en particular los que interesan a las personas. La respuesta es por desgracia negativa, lo cual equivale a una pesada censura de ilegitimidad, político constitucional del ordenamiento penal positivo. Como ya se dijo, nuestro sistema penal, como muchos otros, desde hace muchos decenios ha sufrido una creciente crisis inflacionista. Esta crisis se ha manifestado en una extensión de los bienes penalmente protegidos en tres direcciones: ha habido una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moralidad pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través de uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar solo dos ejemplos, en los diversos delitos asociativos y en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato

sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los "actos preparatorios" o "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro" o similares. Sin contar con la persistencia en nuestro ordenamiento, de residuos premodernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra sí mismo, desde la ebriedad, al uso de estupefacientes, además de todos los delitos de opinión y contra la religión. El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en los años pasados, es puramente la vanificación del concepto de "bien penal" como criterio axiológico de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad, del todo casual y contingente, de bienes equivale en efecto a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal. Y señala la sobrecarga de funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.

El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados revista por otra parte una importancia no solo científica sino también política formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma. Si es verdad, como escribió brutalmente Ihering, que *"la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales"* y que *"poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad"* resulta difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro Derecho Penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas, aún por infracciones levísimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra constitución, la cual, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona.

## **V. EL PROBLEMA DE LOS BIENES EFECTIVAMENTE TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL**

La cuarta cuestión enunciada al comienzo es independiente de las que hemos examinado hasta ahora: si el Derecho Penal tutela efectivamente bienes jurídicos y ¿cuáles son estos bienes? Se trata, como lo he dicho de una cuestión empírica de tipo sociológico, que es resuelta sobre la base de lo que efectivamente ocurre: no con referencia al Derecho en general, sino al Derecho Penal positivo de cada ordenamiento singular, una investigación semejante es muy problemática. Para verificar si existen y cuáles son, los bienes jurídicos efectivamente protegidos en un ordenamiento penal tendríamos que ser capaces de comprobar, ya no cuáles son las violaciones de las leyes penales descubiertas y penalmente sancionadas, sino por el contrario cuáles y cuántas son (admitido que las leyes penales de que se trata prohíban comportamientos que lesionan cierto objeto que merece ser calificado como bien jurídico; lo que constituye la segunda de nuestras cuatro cuestiones) las

observaciones de tales leyes inducidas por las mismas y por amenaza de las penas previstas en ellas. En efecto, las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

Está claro que esta investigación es imposible. Los beneficios del Derecho Penal pueden ser solo supuestos equivaliendo a la falta de lesiones de bienes jurídicos asegurados por la existencia del Derecho Penal, o bien a las lesiones que por el contrario se producirían si aquel faltara. Lo que podemos comprobar empíricamente en base en las violaciones penales y de sus puniciones son únicamente sus desventajas, es decir:

- a) El grado de ineffectividad de las prohibiciones penales, o bien la cantidad de las lesiones de los bienes jurídicos cometidas a pesar de la amenaza de la penas;
- b) Los costos del Derecho Penal para los transgresores, así como para los sujetos injustamente acusados, es decir, los sufrimientos y las restricciones padecidos por ellos con el proceso y con la pena;
- c) en fin, los costos de la máquina penal para la sociedad.

Además, podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos.

## **VI. BIENES PENALES FUNDAMENTALES Y PROHIBICIONES MINIMAS NECESARIAS**

En este punto podemos medir la distancia entre el principio axiológico de ofensividad enunciado en el plano ético político con referencia a bienes asumidos como fundamentales, y el grado de tutela efectiva ofrecida a tales bienes por la práctica penal. Más exactamente podemos medir: a) la distancia entre tal principio y el equilibrio aún constitucional de cada ordenamiento penal, en el que se estime que el vínculo de la ofensividad no esté normativamente incorporado en este; b) donde tal vínculo esté en cambio incorporado como principio constitucional, la distancia entre los bienes constitucionales a los que éste limita la tutela penal y las minadas de bienes incluso inconsistentes, tutelados por la ley; c) en fin, la distancia entre bienes legalmente y los efectivamente tutelados.

La primera diferencia contradice los fines justificantes del Derecho Penal o bien sus fundamentos axiológicos externos, y es, como tal, un factor de ilegitimidad ético-político; la segunda diferencia contradice sus fines constitucionales, o bien sus fundamentos axiológicos internos y es, en cuanto

tal, un factor de ilegitimidad constitucional; el tercero contradice sus fines legales y es por ello un factor de ilegitimidad legal. Todas las falacias ideológicas que afligen a las doctrinas y a las discusiones alrededor del bien jurídico dependen, en mi opinión, de no comprender estas diferencias y de las consiguientes confusiones entre los diversos niveles de discurso a que ellos se refieren: o por adormecerse en la doctrina normativa (meta jurídica o también constitucional) del bien jurídico, ignorando la realidad de las leyes y de las praxis penales, o peor aún falseando la primera como descriptiva de la segunda, o por registrar descriptivamente los bienes y los no bienes tutelados o no tutelados por las leyes vigentes y por las prácticas efectivas bloqueando su dimensión axiológica violada y, en consecuencia, los perfiles de la ilegitimidad política y constitucional. Que son, en fin, falacias ideológicas por violación de la ley de Hume que resultan de la indebida derivación del ser al deber ser y viceversa.

Por el contrario, una doctrina garantista del bien jurídico debe tematizar aquella triple diferencia y sus correspondientes perfiles de ilegitimidad para procurar su eliminación o al menos su reducción. Es de este modo que la doctrina del bien jurídico puede valer como instrumento de crítica sea política o constitucional de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo: por las prohibiciones, como por las penas y los juicios. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela. Al mismo tiempo, semejante reformulación supone una revaloración de los bienes sustraídos a las penas, ya que, la relación entre delitos y penas señala no solo el valor social asociado a los bienes ofendidos por las primeras, sino también el valor asignado a los bienes sustraídos de las segundas. Y es claro que el grado de civilización de un ordenamiento se mide sobre todo por este segundo valor y por ende, por la economía de las prohibiciones y de las penas, o bien por el grado de tolerancia social expresado ante la conducta desviada sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas.

Un programa de Derecho Penal mínimo debe entonces apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Para tal fin, nuestro principio de ofensividad personal (que supone una noción de bien jurídico ciertamente más extenso que la del derecho subjetivo indicada por Feuerbach, pero más restringida que la genérica e indeterminada sugerida por Birnbaum, para no hablar de otras elaboradas después, tiene el valor de una cortante navaja de Ocam idónea para excluir como justificadas muchas figuras penales consolidadas, o en otros casos, para restringir su extensión mediante profundos cambios de

estructura). Creo que puedo indicar al menos tres clases de delitos respecto de los cuales se ejercita la función minimizadora de nuestro principio en la esfera de la relevancia penal.

La primera minimización es de carácter cuantitativo. La clase más numerosa de delitos cuya prohibición resulta deslegitimada por nuestro principio de ofensividad personal es la de todos los delitos bagatelarios (sin valor), los cuales no justifican ni el procedimiento penal ni la pena: en particular, la entera categoría de las contravenciones y junto a ella la de los delitos solo punibles con multa o alternativamente con multa y prisión, las cuales serían todas despenalizadas en nombre de la máxima economía del instrumento penal y de la reducción de las prohibiciones al mínimo necesario. En efecto, es evidente, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo que si el legislador prevé un ilícito como contravención y o fija para él una sanción pecuniaria quiere decir que éste ilícito no es considerado por él como ofensiva de bienes fundamentales y que el Derecho Penal es un instrumento desproporcionado para prevenirlo, en otras palabras podemos decir que ningún bien o derecho que sea considerado fundamental, es decir, merecedor de tutela penal, puede ser monetizado de modo que la previsión misma de penas pecuniarias y de delitos sancionados con ellas indica o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental) y entonces contrasta en todo caso con el concepto mismo del bien penal protegido y con el relativo principio de ofensividad. Deseo insistir sobre el efecto de extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal que resultaría de la supresión de esta enorme cantidad de ilícitos casi siempre artificiales, sobre todo se reduciría la esfera de los errores inevitables de la ley penal que justamente una reciente sentencia de nuestra Corte Constitucional ha declarado excusables. Sería superada toda la compleja problemática teórica originada en las "sanciones sustitutivas" aplicables con discutible discrecionalidad o peor aún mediante pactos, como alternativa a las penas así como por los procedimientos sumarios previstos para tales delitos. En fin, adquiriría una mayor linealidad y unitariedad la relación entre delito, proceso y pena: ilícito serían solo los delitos con los requisitos subjetivos y objetivos requerido para ello; penas serían solo restricciones de la libertad, de tipo detentivo o de otros tipos; proceso sería solo el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal para tutelar bienes penales fundamentales.

La segunda minimización es de carácter cualitativo. De las innumerables abstracciones catalogadas por nuestro Código y otros Códigos Penales como "bienes jurídicos", y como títulos de otras tantas clases de delitos (la personalidad del Estado, administración pública, la actividad judicial, la religión del Estado, la piedad de los difuntos, el orden público, la incolumidad pública, la fe pública, la economía pública, la industria y el comercio, la moral y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad y salud de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral familiar, el

Estado de familia, la asistencia familiar, el patrimonio y, solo al final la integridad física de las personas) nuestro principio de ofensividad personal permite considerar "bien jurídico" solo aquellos cuya lesión se concreta en un daño para las personas de carne y hueso. Puesto que el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras Instituciones fueron hechas por el hombre. En particular, la clase más notable de normas penales que resulta sin justificación si se sigue tal principio es aquella que en Italia fue producida aluvionalmente por la codificación fascista y por la reciente legislación de emergencia bajo la etiqueta de los "delitos políticos o contra la personalidad del Estado". En la medida en que no existe ni una persona identificable con el Estado, ni mucho menos un bien o un valor asociable con ella en cuanto tal, estos delitos (frecuentemente configurados en términos vagos y valorativos y por ello también en contraste con el principio de estricta legalidad) están en su mayor parte privados de objeto y por ende de razón de ser. Precisamente algunos de ellos, como los delitos asociativos y los atentados, son duplicaciones de otros delitos o tentativas llamados "comunes"; otros, como los vilipendios, ultrajes (en cuanto son castigados más duramente que las simples injurias) y en general los delitos de opinión, están provistos para tutelar privilegios e inmunidades que no solo contradicen los principios de libertad o igualdad, sino que no integran ningún bien jurídico para ninguna persona y mucho menos para los ciudadanos comunes.

La tercera minimización es de carácter estructural. Y se deriva del cambio de estructura que impone el requisito de la ofensividad personal a varias clases de delitos. Me refiero sobre todo a los delitos de "atentado" que nuestro Código define como "actos dirigidos a..." realizar determinadas lesiones -incluyendo allí aún los actos preparatorios y las ideaciones, sin tomar en cuenta el peligro corrido por los bienes atacados y que serían reformulados como "actos idóneos para..." producir tales lesiones; es decir, serían transformados en figuras de "tentativa" y por lo tanto suprimidos, puesto que, como ya observé, la tentativa ha sido prevista en general para todos los delitos. Pero lo mismo cabe hacer con todos los llamados "delitos de peligro abstracto" o "presunto" en los que el peligro tampoco es requerido como algo concreto, como "peligro corrido" por el bien jurídico, sino que es presumido en abstracto por la ley, de manera que, en los casos en que ese peligro no exista de hecho, se castiga la mera violación formal de la ley por parte de una acción inofensiva de por sí. Si se quiere aplicar el principio de ofensividad, también estos delitos tendrían que ser reestructurados como delitos de daño, por lo menos, de peligro concreto, según sea que el bien jurídico merezca una tutela limitada al daño o anticipada a su mera puesta en peligro: por ejemplo la previsión del delito de "actos obscenos" sólo justifica si es construido como un delito de daño contra la persona, es decir, para impedir actos de exhibición o de algún modo lesivos de la libertad de terceros que no consintieron; mientras que en la forma del delito de peligro abstracto en que está configurado en nuestro Código, el "acto obsceno" ofende solamente la "moralidad pública", es decir, no causa

ningún daño, "salvo para los neuróticos que como dice el Prof. Herbert L. A. Hart- se afligen de sólo pensar que alguien esté violando en privado la moral". Finalmente, en otros casos como los delitos de asociación, de conspiración, de instigación, de insurrección, de guerra civil- no basta ni siquiera que sea expresamente requerida la comprobación del peligro corrido en concreto por el bien jurídico tutelado: es decir, no basta que el peligro no sea presumido por la ley, como en nuestro ordenamiento, sino que debe ser concretamente probado por el acusador o, al menos, desmentible por parte de la defensa. En efecto, como ha sido observado, en tales casos el peligro concreto no se presta a una prefiguración legal taxativa, y su comprobación tiende inevitablemente a recalcar el modelo penal del "tipo de autor", basado en la valoración inevitablemente arbitraria de la personalidad del imputado. Agréguese que estos delitos, y típicamente los "delitos asociativos", si no conllevan una duplicación de la responsabilidad por los delitos comunes a través de los cuales se realizan las actividades subversivas o insurreccionales, actúan de hecho como delitos "de sospecha", sustitutos de otros delitos más concretos no sometidos a juicio por falta de pruebas. De donde resultan lesionadas, como lo ha mostrado la experiencia italiana de estos últimos años, también todas las garantías procesales, desde la presunción de inocencia a la carga de la prueba y el derecho de defensa. Y esta es una razón de más (que se agrega a la ausencia de autónoma ofensividad y a veces de materialidad) que hace inaceptable todo proyecto de reforma estructural de estos delitos y que más bien aconseja su supresión.

En conclusión, el principio de ofensividad personal, entendido en el sentido que aquí se ha explicado, tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones. Y equivale, por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada. Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido "engaño de las etiquetas" consistentes en llamar "administrativas" sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al *mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal.*

#### **Notas:**

\* Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.