

UN GIGANTE CON PIES DE BARRO: BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MODELOS TRADICIONALES DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Ana Belén Gómez Bellvís

Centro Crímina para el estudio y prevención de la delincuencia
Universidad Miguel Hernández de Elche

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, gran cantidad de artículos se han visto modificados, añadiendo nuevas formas delictivas, incrementando considerablemente las penas o introduciendo otros tipos *ex novo*. Tal y como explica la *Exposición de Motivos*: «la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal». Esta última reforma es también una nueva demostración de que el legislador continúa con la política de expansión punitivista iniciada en los años sesenta (Silva-Sánchez, 2002), evidenciando una fascinación por la tutela penal por casi cualquier conducta humana (Jimenez-Mejía, 2014). En este contexto, la protección de sentimientos religiosos (arts. 522 a 525), la pornografía infantil simulada (art. 189) o la zoofilia (art. 337) reabren el debate dogmático sobre el fundamento para la criminalización de este tipo de conductas. Dicho de otro modo, lo que vuelve a reaparecer es el debate sobre la capacidad de análisis de los dos grandes sistemas de criminalización: el sistema continental o germánico o el anglosajón. En lo que sigue, analizaremos las luces y sombras de ambos sistemas.

II. EL SISTEMA CONTINENTAL Y LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

El núcleo duro del sistema continental o germánico de criminalización de conductas se concentra en el concepto de «bien jurídico», concepto que, siguiendo a Kierszenbaum (2009), ha funcionado como legitimador de la intervención estatal en las libertades de los individuos mediante la utilización del derecho penal. Si bien es cierto que debemos a Birnbaum (citado en Ambos, 2013) su primera formulación, Roxin (2013) lo entiende como «todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal sobre esa finalidad» (p. 5). El bien jurídico, junto con la concatenación de principios que le suceden y que informan la maquinaria penal (e.g. el principio de proporcionalidad y última *ratio*) fue concebido para limitar al legislador y evitar sus excesos en la

UN GIGANTE CON PIES DE BARRO: BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MODELOS TRADICIONALES DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

criminalización de conductas respecto a determinados valores «cuyas características éticas, sociológicas, políticas o constitucionales, los hacen acreedores del estatus de bien jurídicos, de forma tal que sólo ellos podrán ser legítimamente protegidos por la norma penal» (Szczeranski-Vargas, 2012, p. 379).

Sin embargo, no es novedosa la afirmación de que el bien jurídico se halla «en crisis» (Hefendehl, 2008). Debido a su vaguedad conceptual, se duda de que sirva como instrumento de crítica legislativa o para restringir al legislador en sus posibilidades punitivas. La creación continua de nuevos delitos o normas penales que protegen prácticamente todos los ámbitos sociales muestran que ya no está tan claro qué intereses son dignos de protección y cuáles no. Se añade a esta crítica que el bien jurídico no es más que un constructo argumentativo que, lejos de limitar la criminalización, es un instrumento que permite argumentar prácticamente cualquier criminalización (Stratenwerth, 2012, citado en Jiménez-Mejía, 2014), ya que «con apelación a la necesidad de legitimar los tipos penales con un bien jurídico (persona) no se consigna nada en la práctica cuando a ello se oponen convicciones generales fuertemente emotivas (el incesto) sino que lo que se demuestra, sobre todo, es que allí donde existe una necesidad de pena más o menos imperiosa la búsqueda de un bien jurídico que “encaje” puede soslayarse» (p. 245). En la misma línea crítica, Lieben (2007; citado por Feijoo, 2008) argumentó que «dado el amplio margen de decisión que tiene el legislador en el sistema constitucional (el Tribunal Constitucional no tiene la función de controlar si el parlamento ha encontrado la solución más apropiada, racional y justa), la teoría del bien jurídico no ofrece más que un patrón argumentativo adicional para la discusión político-pragmática de cara al establecimiento de un ordenamiento jurídico-penal racionalmente construido, pero que carece de eficacia jurídica» (pp. 6-7).

III. PRINCIPIO DEL DAÑO, PRINCIPIO DE LA OFENSA Y MORALISMO JURÍDICO EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

La otra gran alternativa de la criminalización de conductas, constituida por el Derecho Penal Anglosajón (desde ahora DPA), se desarrolla sobre tres claves conceptuales: el principio del daño o «*harm principle*», el principio de la ofensa o «*offence principle*» y el moralismo legal. El DPA recogerá la tradición liberal de J. S. Mill (1997), en especial, su «*harm principle*» o principio del daño. En esencia, este viene a establecer que las personas deben poder hacer todo aquello que no dañe a otros, sin recibir por parte del Estado ninguna restricción en su voluntad, ya que «el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros» (Mill, 1997, pp. 94-95). En consecuencia, sólo cuando una conducta afecte o dañe a los demás, el autor debería responder ante la sociedad. Esta estela liberal de

UN GIGANTE CON PIES DE BARRO: BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MODELOS TRADICIONALES DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Mill fue recogida, entre otros, por el conocido *Informe Wolfenden* (1954), informe que analizó el estado de las leyes que prohibían la homosexualidad y la prostitución en Inglaterra y que concluyó que no pueden ser criminalizadas aquellas conductas puesto que no dañaban a nadie y que, en la esfera de lo privado, el Estado no tiene legitimidad para intervenir.

Esta problemática tendrá un referente en el debate *Devlin vs Hart* (Argüelles (1994)). Devlin se manifestó totalmente contrario a la posición adoptada en el informe, ya que, en su opinión, la sociedad tiene el derecho de imponer la moral social mediante la coacción, ya que esta moral es la que permite la supervivencia de una determinada comunidad. Por el contrario, Hart, quien respondió a Devlin, entendió que la mera inmoralidad de la conducta no es presupuesto suficiente para su criminalización y, por tanto, deberá justificarse más allá de la mera constatación de que una conducta transgrede la moral social.

Por otra parte, Feinberg (1986, citado en Miró-Llinares, 2015) marcó un nuevo hito en la dogmática penal anglosajona al introducir el famoso principio de la ofensa u «*offence principle*». El autor sostiene que existen determinadas conductas que, aunque no dañan, ofenden en tal medida que también son merecedoras de reproche penal. Dicho de otro modo, además del daño, existe otra condición alternativa para la criminalización de conductas definida a partir del principio de la ofensa. Sin embargo, criminalizar las ofensas es una tarea compleja, ardua y que integra peligros, por lo que es necesario la creación de criterios o estándares exigibles para que las ofensas encajen dentro del principio, distinguiéndolas de aquellas que no.

Finalmente, el moralismo legal desarrollado en el DPA entiende, en términos generales, que la mera inmoralidad de una conducta, considerada así por la mayoría, es razón suficiente y legitimadora para permitir su criminalización (Argüelles, 1994). Sin embargo, este paradigma de filosofía moral choca frontalmente con el individualismo moral, del cual ha recibido numerosas críticas y que subrayará la dimensión de autonomía moral de los sujetos, la cual incluye la facultad de autogobernarse uno mismo en aquello que crea conveniente con el límite en el daño a terceros (Efrén Ríos, 2007).

IV. CONCLUSIONES

La expansión del derecho penal siempre levanta ampollas, especialmente, frente aquella cuestión fundamental de si el Estado está legitimado para intervenir mediante el *ius puniendi*, su instrumento más poderoso, en la criminalización de casi cualquier conducta.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, los sistemas tradicionales de criminalización germánico y anglosajón ven sometidos sus principios

UN GIGANTE CON PIES DE BARRO: BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MODELOS TRADICIONALES DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

fundamentales a tensiones difícilmente soportables. Así, respecto de los delitos que tradicionalmente se han denominado de «sangre» no hay muchas dudas, pero el problema viene con delitos que incluyen una fuerte carga de moral social y se ha de decidir sobre si tales conductas son o no son criminalizables, o si el poder estatal tiene legitimidad para intervenir en los derechos fundamentales de la persona. En definitiva, ¿es suficiente con el bien jurídico para justificar la intervención del estado en este tipo de nuevos delitos (e.g. la zoofilia o la pornografía simulada)?; ¿se tratan de conductas ofensivas?; si lo son, ¿es posible criminalizarlas?; o, lo que podría resultar incluso peligroso o injusto en algunas circunstancias, ¿puede o debe la mayoría social imponer unas determinadas creencias de base moral, histórica o política?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ambos, K. (2013). Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(10), 343-378.
- Díez-Ripollés, J. L. (2016). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35.
- Efrén-Ríos, L. (2007). Moralidad sexual y derecho: moralismo, individualismo y garantismo. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 6, , 3-27.
- Feijoo-Sánchez, B. J. (2008). Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. Recensión a Rolan Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”. *Revista para el análisis del Derecho*.
- Hefendehl, R. (2008). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Valencia: Marcial Pons.
- Jiménez-Mejía, D. (2014). La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal de riesgo. *Revista Nuevo Foro Penal*, 82, 2014, p. 136ss
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, 86.
- Mill, J. S. (1997): *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza.
- Miró-Llinares, F. (2015): La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23.
- Páramo-Argüelles, J. R. (1994). El moralismo legal contraataca. *Doxa*, 15, 571-580.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15-01
- Silva-Sánchez, J.M. (2002). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: B de F.