

Prof. Dr. Dres.h. c. Miguel Díaz y García Conlledo*

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León (España). Patrono fundador de la FICP

~El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada). Un (modesto y sentido) homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares~

I. Dedicatoria

Diversas razones que no vienen al caso me han impedido enviar a tiempo mi contribución al Libro Homenaje que, bajo la dirección de sus discípulos, se ofrece tan merecidamente al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares y que aparecerá publicado en fechas próximas¹. Resultando ello especialmente triste para mí, quiero publicar, antes de que transcurra más tiempo, estas modestas reflexiones, que no eran las originariamente pensadas para el mencionado Libro Homenaje², dedicándoselas con máximo afecto a Gonzalo Quintero y anunciando que, en todo caso, quedo en deuda con él.

No hace falta que loe aquí los méritos académicos y profesionales, tampoco los literarios, del Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares, pues son de sobra conocidos.

Pero sí quiero manifestar públicamente que Gonzalo Quintero, al que conocí personalmente muy pronto al comienzo de mi carrera académica (¡hace ya tantos años!), cuando él era un joven Catedrático, ha sido siempre una persona cercana para mí. Desde el primer momento, Gonzalo Quintero tuvo un trato afectuoso conmigo, animándome a

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2016-76715-R (AEI), del que soy Investigador Principal, y en las tareas de la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León, que dirijo.

¹ Viendo que el trabajo que estaba a preparando para ese Libro Homenaje no podría estar concluido en la fecha que se nos había indicado, una vez sobrepasada (ampliamente esta) intenté una solución de urgencia, que fue ofrecer la presente modesta contribución, para al menos aparecer en la publicación, poder participar del homenaje al Prof. Quintero y dedicarle algunas sentidas palabras. Desgraciadamente también llegué tarde, pues se me comunicó que la obra se había remitido a la editorial la semana anterior. Como señalo en el texto, esta circunstancia me afecta especialmente, pues Gonzalo Quintero ha sido una persona importante para mí desde el comienzo de mi carrera y quedarme fuera del Libro Homenaje a su persona y su obra me produce especial tristeza y disgusto. Siendo así, decidí explicarle al homenajeado que no había llegado a tiempo y cuánto sentía la circunstancia, así como manifestarle que quedaba en deuda con él. Cómo no, Gonzalo me contestó, como siempre, con palabras tranquilizadoras, elogiosas y de gran cariño, lo que agradezco enormemente.

² Las presentes líneas se corresponden de manera casi literal con la ponencia breve que presenté en lengua italiana al IV Seminario italo–spagnolo *Principi costituzionali e diritto penale europeo*, celebrado en la Universidad Federico II de Nápoles (Italia) los días 11 y 12 de octubre de 2018. No he cambiado prácticamente nada del texto original ni he añadido referencias bibliográficas por el interés de que el texto se publique cuanto antes.

trabajar, sin dejar de lado otros aspectos fundamentales de la vida y las relaciones personales, elogió mis logros cuando se fueron produciendo y me apoyó en todo momento. En este punto, debo poner de relieve (una vez más) mi enorme agradecimiento a él y a otros miembros de su escuela por la rotundidad de su solidaridad y apoyo en momentos muy malos en que, injustamente, se puso gravemente en tela de juicio mi honradez académica. Después, hemos seguido manteniendo un trato muy cordial y hemos compartido muchos momentos dignos de recordar.

Muchas gracias por todo, querido Gonzalo. ¡Enhorabuena por los merecidos homenajes, que seguirán! Conociéndote como te conozco, sé que no vas a parar ni en el trabajo ni en la curiosidad por conocer cosas nuevas. Que sigas ofreciéndonos tus trabajos muchos años y que me hagas el honor de ser mi amigo por mucho, mucho tiempo más.

Las breves reflexiones que siguen son generales, pero me referiré sobre todo a ejemplos del Derecho penal español, que es el que mejor conozco. Por otro lado, advierto de que, por razón del foro para el fueron originariamente pensadas, algunas de mis observaciones aparecen simplificadas y tienen en buena medida la finalidad de provocar el debate.

II. El principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos

Sin buscar aquí una gran precisión, podemos recordar que el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos significa que el Derecho penal solo debe intervenir frente a amenazas de lesión o de peligro para concretos bienes jurídicos.

Autores como MIR PUIG o LUZÓN PEÑA, entre otros, explican el fundamento de este principio. Así, el segundo cree que es doble: político-constitucional, por un lado, pues es, en primer lugar, de raíz liberal (el art. 1.1 de la Constitución española reza: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, con clara apelación a la libertad como valor fundamental, de modo que la limitación de derechos solo se justifica por su necesidad para la protección de derechos y libertades de todos), pero, además, responde a la concepción del Estado como democrático y social (igualmente consagrado en el citado precepto

constitucional), pues los bienes jurídicos serían condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación del ciudadano la vida social. Pero, en segundo lugar, respondería a un fundamento funcional: la intervención penal frente a conductas que no afectan a bienes jurídicos es innecesario, pues bastan otros medios extrapenales, y, además, esa intervención, por carecer de fundamento o ser en todo caso desproporcionada, resultaría a la larga ineficaz.

III. Doble perspectiva del principio de lesividad u ofensividad

En este punto, conviene señalar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad u ofensividad posee dos perspectivas: una negativa, que es la que aquí realmente me interesa, como limitador de la potestad punitiva del Estado: no se puede castigar penalmente aquello que no afecte a bienes jurídicos, no posea la suficiente lesividad u ofensividad para ellos. La otra perspectiva sería la positiva, en el sentido de que la lesividad u ofensividad de una conducta para intereses que se revelan como “nuevos” bienes jurídicos fundamentaría la necesidad de incriminar esas conductas con nuevos tipos penales. Valga el ejemplo de los atentados al medio ambiente o determinados ataques informáticos. Esta segunda perspectiva conduce incluso al debate sobre los mandatos de incriminación contenidos (o no, explícitamente o no) en textos constitucionales o en las normas de Derecho europeo.

IV. Conexiones con otros principios

Por fin, creo además que el ámbito del principio que analizamos como limitador del *ius puniendi* no posee unas fronteras absolutamente nítidas que lo diferencien plenamente de otros principios limitadores, especialmente del de subsidiariedad, fragmentariedad, intervención mínima o carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, del que también se hablará en otra sesión del Seminario, pero tampoco de otros como, por ejemplo, el de proporcionalidad o el de eficacia.

V. Principio de lesividad u ofensividad y bien jurídico

En mi punto de partida (que es común en la doctrina) definitorio del principio de lesividad u ofensividad ocupa un papel central el concepto de bien jurídico. Hay quien considera este condenado al fracaso por las dificultades de determinar qué es un bien jurídico. Personalmente puedo seguir definiciones como las de mis maestros alemán, ROXIN (“los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado

sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”) o español, LUZÓN PEÑA [“condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad)”].

Aunque aquí no puedo precisar más, creo que no se pueden ocultar las dificultades de concreción de lo que son bienes jurídicos. Ahora bien, estoy convencido de que, aunque sus límites sean imprecisos, es mejor manejar la idea de bien jurídico a no manejarla en absoluto. Puede que no sepamos con claridad si ciertos objetos o intereses son bienes jurídicos (digamos que existe una zona de penumbra en el concepto), pero sí parece claro que ciertos objetos o intereses no cumplen las características enunciadas someramente para ser bienes jurídicos y ello por mucho que un legislador o una parte de la doctrina los denominen así. Dicho en breve: puede que no sepamos del todo qué es bien jurídico, pero a menudo sabemos claramente qué no lo es. Esto ya ofrece un alto rendimiento como limitación del Derecho penal, como trataré de demostrar con algunos ejemplos.

VI. Principio de lesividad u ofensividad y concepciones que no contemplan la idea de bien jurídico

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de lesividad u ofensividad se vería por tanto en serios aprietos si se desdeña la idea de que el Derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos. Ello nos conduce a preguntarnos qué quedaría de él si se adopta otra perspectiva, tal vez la más conocida la que procede de lo que podríamos llamar “ultranormativismo”, propugnada por JAKOBS y seguramente aún más por alguno de sus seguidores. No es posible valorar aquí esa compleja y en muchos aspectos rica concepción, de la que, eso sí, advierto que me siento muy alejado por distintas razones. Pero, si la misión del Derecho penal no es proteger bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de la norma, que el delito pone en cuestión y que la pena restablece al negar esa puesta en cuestión, parece complicado establecer esa función limitadora que nosotros otorgamos al bien jurídico. Podría tal vez decirse que solo la lesión de la vigencia de ciertas normas debe ser objeto del Derecho penal, pero entonces, ¿qué nos sirve de medida no formal para determinar cuáles? En mi opinión, incluso aunque se admita que la pena o el Derecho penal contribuyen a la afirmación de la vigencia de la norma, parece que no debe ignorarse que esta, si algún contenido

material queremos buscar, solo es un medio o instrumento para lograr la protección de intereses fundamentales. La norma que prohíbe matar y su vigencia no tienen sentido en sí mismas, sino como medio de protección de la vida humana, algo tangible y real, sostén fundamental del individuo y la sociedad. El rechazo de toda realidad ontológica, física o psíquica, de todo fundamento cognitivo en las cuestiones penales me parece bastante inexplicable, como lo sería un absoluto desprecio por lo normativo en un ámbito que, por definición, dirige y valora.

También visto desde el punto de vista de la relevancia de la infracción de deber (de una u otra clase) como núcleo del ilícito penal (no como una mera cuestión de autoría y participación, materia para la que propuso la idea ROXIN), resulta problemático el mantenimiento de la idea de lesividad u ofensividad o la de *ultima ratio*, pues resulta difícil la gradación de la afectación de deberes, desde luego bastante más que con la idea del bien jurídico y la antijuridicidad material, que permiten, por ejemplo, restricciones a la tipicidad basadas en la insignificancia o escaso contenido de antijuridicidad material, de afectación del bien jurídico, por la conducta.

VII. Valor histórico del principio y algunas quiebras en el Derecho positivo

El principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos ha resultado históricamente muy valioso para excluir del ámbito del Derecho penal conductas de mera disidencia política, de ofensa a meros sentimientos o de contrariedad solo a la moral, incluso a la colectiva o dominante. No obstante, creo que especialmente desde hace unos años, diversos ordenamientos jurídicos no toman del todo en serio en algunos casos las limitaciones que del principio se derivan. Daré algunos ejemplos, aunque caben bastantes otros.

VIII. Los ultrajes públicos a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas

El art. 534 CP español, en un capítulo rubricado “De los ultrajes a España” castiga con pena de multa de siete a doce meses “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad”. Evidentemente, el precepto castiga esas ofensas o ultrajes sin más, sin necesidad de que tengan otras consecuencias como desórdenes públicos, ataques a personas, sediciones, rebeliones, etc., pues para ello existen otros tipos penales. No creo que tampoco pueda verse en la conducta típica una afectación del

modelo constitucional de España y ni siquiera parece fácil fundamentar la existencia de un “honor” en sentido estricto de entes colectivos. Por lo que creo que principalmente se están protegiendo los sentimientos de afección que vinculan a muchos ciudadanos con el concepto de España o Cataluña, Galicia, Andalucía, etc. o sus símbolos. Tales sentimientos existen en la realidad y son legítimos, pero dudo enormemente de que puedan considerarse bienes jurídicos (recuérdense las definiciones citadas anteriormente). Por lo que la intervención penal para protegerlos está, en mi opinión, injustificada desde el punto de vista de su lesividad u ofensividad, y lo está también incluso si se piensa en esas conductas como posible origen (remoto, desde luego) de atentados a otros verdaderos bienes jurídicos relacionados con la pacífica convivencia (política y social). Ello sin entrar en el conflicto con la libertad de expresión.

XIX. Los delitos sexuales

Pero también en el plano de los delitos sexuales podemos encontrar algunos ejemplos de lo que sostengo. Afortunadamente, en nuestro ámbito de cultura jurídica y, desde luego, en mi país, se ha desterrado plenamente el castigo de conductas en casos en que tal castigo supondría una grosera vulneración del principio que nos ocupa (y que en otra época tanto contribuyó a la erradicación de tal castigo), como sucede con la penalización de las relaciones homosexuales o de las incestuosas entre adultos en plenitud e igualdad de condiciones. La apelación a la protección de la libertad y, en el caso de ciertos menores, a la indemnidad sexual destierra esas conductas del alcance del Derecho penal. Sin embargo, el castigo (no solo en España y, además, derivado de normativa internacional, especialmente europea) de conductas como la posesión o el mero uso de pornografía infantil (concepto además definido muy ampliamente y que no solo se refiere a la que incluye “infantes”, sino a cualquier menor o hasta a su representación) dista de estar claramente justificado por la afectación de la libertad o indemnidad sexual de los menores. No basta, en mi opinión, el recurso al argumento de que quien consume pornografía infantil la potencia y, por lo tanto, supone un riesgo de que se utilice o se siga utilizando a menores reales en esas producciones, lo que sí afectaría al desarrollo normal de su sexualidad (con consecuencias a veces graves). Tal riesgo es demasiado remoto como para considerarlo suficientemente lesivo y contradice incluso otras decisiones legislativas en ámbitos distintos. La sospecha de que parece que se atiende más a los dictados de una determinada moral, por amplia o dominante que

sea, me parece fundada (y hasta podríamos hablar, creo, de rasgos de Derecho penal de autor).

También podría citarse en este sentido el aumento reciente en España de la llamada edad de consentimiento sexual a los dieciséis años en muchos delitos sexuales, cosa que menciono para el debate. O incluso si, como ha planteado alguna vez un especialista como DÍEZ RIPOLLÉS, el castigo de los tocamientos u otros actos sexuales sobre recién nacidos o bebés de corta edad, a menudo considerados por la ley especialmente graves, pueden considerarse realmente afectaciones de la libertad o la indemnidad sexual (sin prejuzgar que pudieran constituir otras infracciones penales).

X. Un ejemplo menos “trágico”: la “integridad en el deporte”

Pero las dudas sobre la ofensividad o lesividad de ciertas conductas que se tipifican o se pretenden tipificar abarcan también ámbitos menos “trágicos”. Así, cada vez más autores en España, en especial algunos buenos especialistas en la materia, apelan a la “integridad en el deporte” como bien jurídico que debe protegerse penalmente (al menos frente a los más graves ataques). Y lo mismo sucede en la doctrina de otros países y hasta a nivel legislativo: si la Ley italiana n. 401, de 13 de diciembre de 1989, hablaba ya de “la corrección en el desarrollo de las manifestaciones deportivas”, o la Ley portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, de “responsabilidad penal por hechos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de su resultado en la actividad deportiva” o la Ley francesa n° 12-158, de 1 de febrero de 2012, señala en su propio título que tiene por objetivo reforzar o fortalecer la “*ética deportiva*” e introduce tipos de corrupción deportiva en el CP, un país hasta ahora reacio a la tipificación específica de lo que podríamos llamar “delitos deportivos” (considerando suficientes los tipos generales), como es Alemania, ha introducido recientemente delitos relacionados con el dopaje en la Ley Antidopaje de 10 de diciembre de 2015 (modificada por la Ley de 13 de abril de 2017) y, a través de Ley de 11 de abril de 2017 modifica el Código Penal alemán (StGB) para castigar la estafa o fraude en las apuestas deportivas y la manipulación de competiciones deportivas profesionales, haciéndolo en ambos casos expresamente para proteger la integridad deportiva.

¿Y qué es esa integridad deportiva? Para un especialista como BENÍTEZ ORTÚZAR, se configuraría “como un concepto global y unitario que abarca las diferentes aristas en las que se desenvuelve el deporte de alta competición. Bien jurídico que es de

titularidad colectiva, que sobrepasa intereses de las entidades deportivas o de los deportistas individuales directamente perjudicados deportivamente con la realización de las conductas típicas, al resto de los clubes o deportistas individuales participantes en la competición, y a la propia Federación deportiva correspondiente. La integridad deportiva es un bien jurídico colectivo, cuyo titular es la sociedad en su conjunto. El deporte, además de la dimensión laboral y económica que desarrolla en sus diversas facciones, tiene una labor de educación y transparencia para el resto de la sociedad en general”, “abarca a todos los ‘*valores sociales inherentes al deporte*’ ... y “no puede cuestionarse su consideración como bien jurídico propio”.

Pues bien, personalmente, además de dudar, con otros autores, de varias de esas supuestas bondades y características del deporte de alta competición y también por ello, me parece que la integridad deportiva es más un ideal, una meta, un desiderátum que algo que realmente exista y se fomente, especialmente en el deporte de –alta-competición, que es precisamente sobre el que se pretende proyectar la protección penal de la integridad en el deporte. Y ya con eso creo que podría decirse que es como mínimo arriesgado atribuir a ese conjunto de valores, ni siquiera claros, la categoría de bien jurídico, concepto desde luego discutido, pero, en cualquiera de las definiciones que se ofrecen de él, alejado de lo que entiendo que parece ser la integridad en el deporte. Tampoco quiero significar con ello que el Derecho deba renunciar a proteger o reforzar al menos algunos de esos valores, pero creo que, en tal caso, puede y debe hacerlo sin necesidad de utilizar las reacciones más enérgicas, las del Derecho penal.

XI. Los delitos de peligro abstracto y, un paso más allá, los del “clima”: los llamados delitos de odio

Para terminar, aunque los ejemplos podrían multiplicarse, mucho se ha discutido sobre la conformidad con el principio de lesividad u ofensividad de los delitos de peligro abstracto. No cabe duda de que su creación debe ser cuidadosamente meditada, siendo una técnica que solo debe usarse excepcionalmente, no tanto porque no se protejan con ellos bienes jurídicos, sino por lo remoto de la afectación de estos que contienen. Aun así, no me parece que haya que oponerse radicalmente a la existencia de cualquiera de ellos, sino que deberá haber razones que pesen lo suficiente para contrarrestar esa lejanía (importancia de los bienes jurídicos, eventualmente frecuencia de las conductas, etc.), con algunas consecuencias como la moderación en la pena o la posibilidad de prueba de inexistencia real de peligro.

Siendo esto así, sorprende mucho que en España y en Europa en general se amplíen de modo desmesurado y a menudo con aplauso de muchos sectores políticos y mediáticos de diferente signo (si bien es verdad que con un manifiesto sectarismo según quién sea el protagonista y la víctima de los actos) los llamados (dejo de lado aquí toda precisión) delitos de odio, hasta el punto de pasar por encima del peligro abstracto (al menos antes de las restricciones que, en una pelea extenuante contra la letra de la ley, busca bienintencionadamente una parte relevante de la doctrina) para tipificar “delitos de clima”.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional puso alguna barrera a injustos carentes de la lesividad suficiente, declarando inconstitucional el delito de negación del genocidio (STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007), ello contrasta con la ampliación antes citada. Valga como ejemplo la amplísima redacción que en la reforma de 2015 (y apelando a compromisos europeos) da al tipo básico del art. 510.1 a): “Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad” (en otros apartados se castigan otras conductas, a veces aún más lejanas de la lesión de un bien jurídico, también muy ampliadas en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo).

Por dura que sea la experiencia y el recuerdo del holocausto en Europa, no está nada claro que deban tipificarse de modo tan amplio conductas que, literalmente, no requiere ni siquiera provocación (ni indirecta). Estas y otras interpretaciones han permitido en España decisiones judiciales tan llamativas como la que consideró que la quema de fotos del Rey resulta delictiva por suponer una incitación al odio a la Monarquía (como se desprende de la STC 177/2015, si bien el recurso de amparo no es frente a una condena por el delito que no ocupa sino por el de injurias al Rey del art. 490.3 CP, que apreció la correspondiente sentencia de la Audiencia Nacional; conocida es la condena final a España por STEDH 13-03-2018, *Affaire Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*).

Ello no significa, por supuesto, que haya que alentar las manifestaciones del llamado discurso del odio, ni siquiera que sea precisa una neutralidad frente a ellas, sino simplemente que no todas ellas deben prohibirse, y menos aún bajo pena. Es legítimo procurar el desaliento de ese tipo de discurso, en primer lugar y sobre todo, mediante el discurso racional. Si se quiere ver así: dado que la libertad de expresión ha de amparar parte de ese discurso, las armas de la expresión, el razonamiento y, yendo un poco más lejos, la educación, deben ser las más usadas para combatirlo. La función de la libertad de expresión en una democracia está totalmente vinculada a la solución pacífica de conflictos y la legitimidad del discurso público (y se diferencia además de la libertad general en su núcleo “ofensivo”). Pero caben seguramente también otras medidas más fuertes de disuasión, como la exclusión de subvenciones, de acceso a foros públicos, etc., que deben manejarse, eso sí, con enorme prudencia y límites, suponiendo la fijación precisa y previa de estos una gran dificultad. Y cabe también combatirlo, por ejemplo, reforzando la inclusión social de los destinatarios de tal discurso, manifestando la distancia social respecto a quienes lo practican, no siendo socialmente tolerantes con él, ni siquiera equidistantes. Todo ello requiere precisiones que aquí no son posibles.

Dejo, como se ve, muchos cabos sueltos y posibles ejemplos más para una eventual discusión.