

LA CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS “OFENSIVAS” A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal

Fernando Miró Llinares

Catedrático (acred.) de Derecho Penal. Universidad Miguel Hernández de Elche

MIRÓ LLINARES, Fernando. La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-23, pp. 1-65. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-23.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-23 (2015), 29 dic]

RESUMEN: En el Derecho penal anglosajón el argumento principal para legitimar la criminalización de una conducta es que la misma dañe a otros. Este principio del daño tiene funciones restrictivas de la criminalización similares a las que en el sistema de influencia germana ejerce el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo al igual que sucede en Alemania con el reconocimiento de la existencia de delitos sin bien jurídico, los “Verhaltensdelikte”, en el Derecho penal anglosajón se reconoce la posibilidad de criminalizar conductas que no dañan a otros pero sí resultan ofensivas, entre las cuales se suelen incluir ilícitos penales como los insultos discriminatorios o de odio racial, la tipificación de actos contra sentimientos religiosos o relacionados con los muertos, conductas sexuales como el incesto o la zoofilia, entre otros muchos. EL trabajo aborda la cuestión de si se pueden criminalizar las conductas ofensivas. LO hace adoptando la visión del Derecho penal anglosajón, analizando los argumentos teóricos de Feinberg y los modernos autores de la filosofía del Derecho penal, y tratando de transportar y hacer válido el lenguaje de “los principios de criminalización” en aquél sistema jurídico a un sistema como el nuestro demasiado limitado y poco

funcional por el principio del bien jurídico protegido. La conclusión es que resulta preferible reconocer que hay conductas que son criminalizadas porque ofenden y no tergiversar la criminalización creando falsos intereses dañados, y trabajar en un modelo de criminalización flexible como el propuesto incipientemente aquí.

PALABRAS CLAVE: Principio de la ofensa, principio del daño, principios de criminalización, conductas ofensivas, *Verhaltensdelikte*, modelos de criminalización, conducta ilícita.

ABSTRACT: In Anglo-Saxon criminal law the main argument to legitimize the criminalization of behaviors is that it harm to others. This “harm principle” has restrictive functions similar to “Rechtsguts Prinzip” or exclusive protection of legal goods in German Criminal Law System. But as is the case in Germany with the recognition of the existence of crimes without legal goods, the “Verhaltensdelikte”, in Anglo-Saxon criminal law the possibility of criminalizing conducts that do not harm others but they are offensive is recognized, among which are usually included as discriminatory criminal acts of racial hatred or insults, the criminalization of acts against religious feelings or against the memory of dead people, sexual behavior such as incest or bestiality, among many others. The paper analyses the question of whether offensive behaviours can be criminalized. For that is adopted the Anglo-Saxon view of criminal law, analysing the theoretical arguments of Feinberg and modern authors of philosophy of criminal law, and trying to convey and make valid the language of “the

principles of criminalization" in that legal system to a system like ours too limited and not very functional for limiting criminalization because of the principle of legal goods protection. The conclusion is that it is preferable to recognize that there are behaviours that are criminalized because they offend and not misrepresent the criminalization creating false interests damaged, and work in a flexible

model of criminalization as proposed here.

KEYWORDS: Offence principle, Harm principle, principles of criminalization, offensive behaviour, models of criminalization, wrongdoing.

Fecha de publicación: 29 diciembre 2015

SUMARIO: 1. *¿Qué criminalizar? De la discusión acerca de los Verhhaltensdelikte en Alemania a la justificación de las offences en el Derecho penal anglosajón.* 2. *Offence y criminalización de conductas contrarias a la moral en el DPA.* 2.1. *El origen: el principio del daño como límite, único, infranqueable? en el DPA.* 2.2. *El "principio de la ofensa" como principio de criminalización.* 2.2.1. *Feinberg y la criminalización de conductas ofensivas.* 2.2.2. *La modernización (por normativización) del "offence principle".* 2.3. *Valoraciones críticas al "principio de la ofensa" desde el DPA.* 2.3.1. *Desde la defensa del "harm principle" como único principio de criminalización (y posiciones restrictivas similares).* 2.3.2. *Desde -las distintas modalidades del- moralismo legal.* 3. *Conclusiones.* 3.1. *Hacia una categorización de modelos de criminalización en el DPA.* 3.2. *¿Qué ofensas criminalizar? Aproximación a un árbol de decisión sobre la criminalización de conductas ofensivas.* **BIBLIOGRAFÍA.**

"If all printers were determined not to print anything till they were sure it would offend nobody, there would be very little printed".

Benjamin FRANKLIN. "Apology for Printers", *The Pennsylvania Gazette*, 10 de Junio de 1731.

1. ¿Qué criminalizar? De la discusión acerca de los Verhhaltensdelikte en Alemania a la justificación de las offences en el Derecho penal anglosajón¹

Recientemente se ha mostrado Hörnle sorprendida de la escasa atención que le ha prestado la dogmática al estudio de los principios que deben guiar a los legisladores a la hora de deliberar acerca de la incriminación de conductas en la

¹ El presente artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2014-53449-R titulado "Incitación a la violencia y discurso del odio en Internet. Alcance real del fenómeno, tipologías, factores ambientales y límites de la intervención jurídica frente al mismo", del Ministerio de Economía y Competitividad. Quiero agradecer al profesor de la Universidad de Piura, Ronald HENRY VILCHEZ, las referencias y aportaciones sobre los Verhhaltensdelikte que compartió conmigo durante nuestras conversaciones en la Universidad de Navarra y que fueron el germen de este trabajo. También a Elena ÍNIGO y Pablo SÁNCHEZ OSTIZ las facilidades que pusieron para que realizara allí una breve estancia. También quiero agradecer a Jesús BARQUÍN y a Miguel Ángel CANO, editores de la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, que me hayan permitido publicar un trabajo tan extenso. Podría haber tomado la decisión de reducir el mismo, centrándome en mi parecer doctrinal sobre la materia y condensando las posiciones dogmáticas al respecto. Sin embargo, con ello habría cercenado la descripción de las posiciones y el análisis de un debate que, no sólo es novedoso en nuestro ámbito dogmático sino que, además, puede aportar luz sobre una diferente forma de pensar lo mismo, en este caso, las razones morales sobre la criminalización de una modalidad de conductas.

parte especial de los códigos penales². Puede comprenderse la percepción de la autora teniendo en cuenta lo relevante que tales decisiones resultan para el mantenimiento de las libertades y los derechos en un Estado Social y Democrático de Derecho, y la escasa literatura que, de forma “expresa” y sistematizada, se ha ocupado en Alemania y en los países influenciados por su dogmática penal, de las “teorías de la criminalización”. Sin embargo, sería injusto confundir la falta de sistematización de principios, de teorías y de enfoques, con la ausencia de tratamiento de una problemática. La dogmática penal lleva desde su propio nacimiento ocupándose de definir (y de prescribir) los contornos del Derecho penal. Y ello no sólo cuando aborda expresamente la cuestión de su definición, de su objeto o de sus límites, sino siempre que, en ejercicio de la función crítica, realiza afirmaciones respecto a cómo debe interpretarse un tipo o un determinado instituto en relación con lo que “tiene que ser protegido por medio del Derecho penal” o con lo que “debe ser castigado” por medio de este Ordenamiento.

En las últimas décadas las páginas dedicadas a qué compete al Derecho penal y qué no, aun especificadas en el análisis de figuras delictivas concretas, se han multiplicado en clara sintonía con el significativo incremento de las conductas que han pasado a merecer respuesta penal debido a una acción legislativa que, como poco, es unánimemente valorada como expansiva y punitivista³. Esta función dogmática crítica es lógica, puesto que la consideración de que pertenece al Derecho penal todo aquello que, conforme al Derecho positivo, se regule como tal, no es contradictoria con afirmar que el Derecho penal “debe ser otra cosa”. Y aunque tal acción dogmática podría considerarse poco exitosa dada la inercia expansiva de la legislación penal, el fracaso también ha ayudado a la doctrina a revisar las debilidades de sus propios dogmas y a ayudar a poner en duda los principios limitadores, no tanto para negarlos y dejar vía libre al legislador en la decisión de “qué castigar”, sino para completarlos y hacerlos más comprensibles, más específicos y menos quebrantables.

En este sentido, y pese a que no creo que pueda afirmarse que exista acuerdo sobre el concepto de bien jurídico ni sobre su alcance y funcionalidad real⁴, hasta sus principales defensores han reconocido que el criterio de la “exclusiva protección de bienes jurídicos” no puede servir, por sí solo, para limitar la acción legislativa expansiva⁵. También se ha admitido que no sirve la categoría del bien

² HÖRNLE, T.: “Theories of Criminalization”, en DUBBER, M.D / HÖRNLE, T.: *The Oxford Handbook of*

³ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001; GARLAND, D. W.: *The culture of control: Crime and social Order in contemporary society* University of Chicago Press, Chicago, 2002; HUSAK, D.: *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, USA, 2008.

⁴ El estado de la cuestión se ha puesto recientemente de manifiesto en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁵ HEFENDEHL, R.: (ED.): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos

jurídico, según el parecer mayoritario, para diferenciar la intervención en los ámbitos penal y administrativo, siendo hoy mayoritaria la opinión de quienes piensan que no hay una diferencia cualitativa entre uno y otro injusto desde la perspectiva del bien afectado⁶. Y, en particular, hoy son muchas las voces que afirman que para limitar la acción legislativa es necesario centrarse mucho más en la determinación de qué castigar penalmente que en la de qué proteger con el Derecho penal⁷. Esto también es válido para la distinción entre los órdenes administrativo y penal: la clave, ya se ha dicho, no está en lo que se tutela en cada ámbito, sino en frente a qué tipo de conductas y con qué límites en cada caso, debe reaccionar cada uno de ellos; y sobre todo, resulta esencial abordar la cuestión, sobre la que volveré más tarde, de en qué plano (o en qué planos, externo y/o interno) de “la justificación penal” se lleva a cabo el juicio crítico sobre lo que debe quedar en cada ámbito⁸. Y todo ello sin obviar que si bien la pregunta que interesa primariamente al Derecho penal desde la perspectiva crítica es la de “qué criminalizar”, la realidad legislativa actual y la utilización del Derecho administrativo como instrumento complementario de política criminal nos obliga a no dejar completamente de lado otra cuestión: ¿qué conductas sancionar? En otras palabras, creo que no sólo debemos reflexionar acerca del límite máximo sino también acerca del límite mínimo del Derecho administrativo sancionador, especialmente cuando surgen normas como la recientemente aprobada Ley de Seguridad Ciudadana que aplica sanciones de enorme gravedad a conductas respecto de las cuales también debiéramos analizar si entran en el ámbito de respuesta positiva a la pregunta acerca de ¿qué castigar?

Este contexto de reflexión de la dogmática penal en el que se pone en duda la capacidad de rendimiento del principio del bien jurídico y se acepta la necesidad de renovar y ampliar criterios para argumentar acerca de qué conductas castigar y cuáles de ellas por vía penal, es en el que debe enmarcarse el reciente interés que ha comenzado a prestarse, de nuevo desde Alemania, a todo un conjunto, ciertamente heterogéneo, de conductas, algunas incriminadas recientemente, otras desde hace mucho tiempo, encuadradas en el término de *Verhaltensdelikte*, cuyo denominador común es que, no afectando a derechos individuales claramente definidos en nuestro Ordenamiento Jurídico, resultan ofensivas para la colectividad o, en otros términos, afectan significativamente a sentimientos sociales más o menos consen-

colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Derecho penal y Criminología*, núm. 67, 2004, pág. 77.

⁶ ROXIN, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Auflage, München, 2006, págs. 60 y ss. y págs. 97 y ss. También en ROXIN, C.: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico...*, ob. cit., págs. 444 y ss.

⁷ Véase, por todos, repetidamente, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “Retribución y prevención general”, en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 20, 2007.

⁸ En este sentido, recientemente, RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

suados⁹. Pese al éxito que algunos siguen atribuyendo al criterio del bien jurídico consistente en haber relegado del Derecho penal conductas que sólo afectaban a la moral pública¹⁰, existe un acuerdo casi unánime respecto a que se habrían escapado de tal necesaria purga delitos como el “incesto” o determinadas formas de exhibicionismo sexual en Alemania sobre los que no se duda que siguen protegiendo convicciones morales colectivas¹¹, y hay otros delitos sobre los que se pone en duda que protejan auténticos bienes jurídicos al castigarse, en esencia, actos que ofenden gravemente sentimientos sociales más o menos arraigados como los relacionados con el sentimiento religioso, el culto a los muertos, la memoria del holocausto o, más recientemente, el sentimiento de repulsa hacia el maltrato animal. Y esto ha llevado a los autores a ampliar el foco de interés y a reflexionar acerca de la penalización en Alemania de los insultos raciales o a saltar al Nebenstrafrecht para dudar de que figuras de manipulación genética como la clonación no protejan sino el temor social que causan las mismas. Y obviamente la problemática no es propia y exclusiva de Alemania. Pese a que sólo recientemente y, salvo excepciones¹², de forma más bien indirecta¹³, ha comenzado la reflexión

⁹ Sobre los *Verhaltensdelikte*, véase HÖRNLE, T.: *Grob anstössiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005; STRATENWERTH, G.: “Zur legitimation von “Verhaltensdelikten”, en VON HIRSCH, A. / SEELMANN, K. / WOHLERS, W.: *Mediating Principles*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006; HEFENDEHL, R.: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln, 2002, págs. 52 y ss.; WOHLERS, W.: “Verhaltensdelikte: Standard, Ausnahme – oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?”, en BÖSE, M., STERNBERG-LIEBEN (EDS.): *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009, págs. 129 y ss.; SEELMANN, K.: “Verhaltensdelikte – Strafe als Kulturschutz?”, en *청주법학*, vol. 27, núm. 단일호, 2006; SEELMANN, K.: *Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?*, en MÜLLER – DIETZ, H. ET AL.: *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007.

¹⁰ ROXIN, C.: “¿Es la protección...”, *ob. cit.*, pág. 444, respondiendo a las afirmaciones de STRATENWERTH en STRATENWERTH, G.: “Zum Begriff des Rechtsgutes”, en ESER, A./ SCHITTENHELM, U. / SCHUMANN, H. (ED.): *Festschrift für Theodor Lenckner*, München Beck, Múnich, 1998, pág. 389, y en STRATENWERTH, G.: “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del...*, *ob. cit.*, pág. 365. Junto a STRATENWERTH son otros los autores que entienden que la desaparición de delitos como el adulterio o contra la moral tiene que ver con el cambio de las concepciones morales y con que la sociedad se ha vuelto más cautelosa frente a la desaprobación de tales modos de comportamiento. Así, FRISCH, W.: “Transformaciones del Derecho penal como consecuencia del cambio social”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 21, 2014, pág. 23. También WOHLERS ha negado que la reforma de los delitos sexuales pueda apuntarse en el debe de éxitos de la teoría del bien jurídico sino que más bien es “la consecuencia del cambio de percepción social sobre la sexualidad”; WOHLERS, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlín, 2000, pág. 227, nota 2; también “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del...*, *ob. cit.*, pág. 404. También Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 139.

¹¹ Véase, ROXIN, C.: “Zur strafbarkeit des Geschwistersinzepts – Verfassungsgerichtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften”, en *Strafverteidiger*, núm. 29, 2009, págs. 546 y ss.; HÖRNLE, T.: “Das verbot des Geschwistersinzepts – Verfassungsgerichtliche bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 61, 2008, págs. 2085 y ss.; HÖRNLE, T.: *Grob anstössiges...*, *ob. cit.* pág. 457 y ss.

¹² ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, 2012.

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Presentación”, en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del...*, *ob. cit.*;

dogmática en nuestro país sobre la legitimidad de la intervención penal frente a este tipo de conductas ofensivas, también en nuestro país está abierto el debate acerca de infracciones como el maltrato animal, el discurso del odio, los delitos contra los símbolos nacionales o contra los símbolos religiosos; y la reciente reforma del Código Penal con la nueva regulación del artículo 510 o con la inclusión de las conductas de zoofilia¹⁴, y la nueva Ley de Seguridad Ciudadana con faltas como la de exhibicionismo o la de publicación de fotos de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, abren la necesidad de un debate acerca de cuáles de estas conductas pueden merecer una respuesta penal o administrativa.

Aunque la dogmática penal alemana ha afrontado el problema de los *Verhaltensdelikte* inicialmente poniendo el foco en qué se puede proteger, la comentada percepción de que con ello, sin centrar el análisis en el “qué castigar”, se pierde capacidad crítica, ha llevado a un sector de la doctrina alemana, en particular a Tatiana Hörnle¹⁵, a acercarse al Derecho Penal Anglosajón (en adelante, DPA) en general y a la cuestión de la criminalización de las *offence* en particular. En efecto, de entre los principios que construyó y desarrolló Joel Feinberg para la justificación de la criminalización desde las bases liberales de J. S. Mill, destacan, por indiscutido, el “*harm principle*” o “principio del daño”, y por “discutido”, el “*offence principle*”, o principio de la ofensa, que sienta las bases de la criminalización de conductas que “no siendo por sí mismas dañosas son tan “*unpleasant*” para los demás que permiten su castigo por vía penal”¹⁶. Bajo la idea de “ofensa” se analizan todo un conjunto de conductas como el *hate speech* o diferentes formas de insultos raciales¹⁷, la realización de actos sexuales en público y otras formas de

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: “Cuándo Penar, cuánto penar”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (DIR.): *El principio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2014, págs. 7 y ss.; BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Recensión a Andrew P. Simester and Andreas Von Hirsch, Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation, Hart Publishing, Oxford, 2011 (reprinted 2014), 237 páginas, por Jesús Bernal del Castillo”, en *Indret*, 3/2015, págs. 7 y ss.

¹⁴ Unas primeras reflexiones al respecto en MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart”, en Prensa.

¹⁵ Así, en especial su monografía HÖRNLE, T.: *Grob anstössiges...*, *ob. cit.*; pero también en HÖRNLE, T.: “La protección de sentimientos en el StGB”, en HEFENDEHL, R. (COORD.): *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007; HÖRNLE, T.: “Theories of Criminalization...”, *ob. cit.*; HÖRNLE, T.: “Legal Regulation of Offence”, en VON HIRSCH, A. / SIMESTER, A. P.: *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006; HÖRNLE, T.: “Rights of Others”, in *Criminalisation Theory*”, en SIMESTER, A. P. / DU BOIS-PEDAIN, A. / NEUMANN, U.: *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014; HÖRNLE, T.: “Das verbot des Geschwistersinzest...”, *ob. cit.*; HÖRNLE, T.: “Offensive Behavior and German Penal Law”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2001; HÖRNLE, T.: “Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 6, núm. 3, 2012.

¹⁶ FEINBERG, J.: *Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986.

¹⁷ ROBERTS, P.: “Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation”, en VON HIRSCH, A. / SIMESTER, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, pág. 18. Quien dice que se trata de las modalidades de conductas ofensivas (y no lesivas) más frecuentemente tipificadas por las democracias liberales.

utilización “indecente” de espacios públicos¹⁸, así como comportamientos que afectan a tabús o sentimientos religiosos¹⁹, a las que les une dos condiciones: el no resultar conductas lesivas, conforme a la conceptualización generalmente aceptada de “daño” en el DPA; y el, a juicio de la gran mayoría, ser merecedoras de criminalización, con lo que ello supone de abrir una puerta a la criminalización de conductas no lesivas de intereses sino contrarias a sensibilidades sociales más o menos compartidas.

El presente trabajo aborda la cuestión de la criminalización de conductas ofensivas, de comportamientos que no resultando a priori lesivos ni peligrosos para intereses reconocidos como esenciales en el Estado, sí afectan a la sensibilidad social y son contrarios a convicciones morales mayoritarias. Con él, pues, desarrollo con más profundidad una línea de investigación iniciada en un trabajo anterior sobre el Derecho penal y la moral pública²⁰ y que continuaré posteriormente con un análisis de los delitos de nuestro Código Penal que se corresponden con este patrón inculpativo y con un trabajo específico sobre los delitos de odio. La hipótesis de inicio de este y futuros trabajos es que son muchos, más de los que pensamos, los preceptos de los códigos penales de los Estados Democráticos de Derecho que encajan dentro de este estándar de criminalización, y su objetivo es discutir, tanto en términos de legitimidad interna como de racionalidad pragmática, si el Derecho penal debe abarcar este tipo de conductas y, en ese caso, como debiera criminalizarlas. Para ello, y antes de afrontar el análisis de las conductas que en el sistema penal español son criminalizadas por resultar “ofensivas” o de revisar cómo ha tratado la dogmática penal alemana esta problemática desde el paradigma de la “exclusiva protección de bienes jurídicos”, adoptaré en este artículo como punto de partida el DPA y la discusión dogmática en él sobre la criminalización de las ofensas. La razón es doble: en primer lugar porque es el ámbito en que con más extensión, e incluso profundidad, se ha tratado la problemática especialmente a partir de la obra de Joel Feinberg; en segundo lugar, por la voluntad, de inicio, de ampliar el campo focal y de comprobar si fuera del parámetro del bien jurídico, esto es, huyendo de nuestra visión exclusivamente centrada en si algo se puede proteger o no, claramente pervertida por nuestra innegable capacidad de crear nuevos conceptos definitorios de modernos intereses dignos de tutela, podemos encontrar principios limitadores de la criminalización de conductas.

2. *Offence* y criminalización de conductas contrarias a la moral en el DPA

2.1. *El origen: el principio del daño como ¿límite, único, infranqueable?*” en el DPA

¹⁸ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms and Wrongs. On the principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, págs. 97 y ss.

¹⁹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 190 y ss.

²⁰ MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal y moral...”, *ob. cit.*

Sin entrar en este trabajo en un análisis de las diferencias y semejanzas entre el “*harm principle*” y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos²¹ hay una obvia similitud entre ambos que sí interesa ahora destacar: sobre cada uno de ellos ha girado y sigue girando aunque con menos intensidad, el debate sobre qué se debe castigar y qué no en cada uno de los sistemas penales continental y anglosajón. Al igual que sucede con el bien jurídico en el Derecho penal de influencia germana, el criterio de que la conducta cause un daño ha eclipsado a otras referencias esenciales que, según los dogmáticos y filósofos del DPA, deben ser tomadas en consideración a la hora de criminalizar una conducta, tales como el principio de la autonomía individual²², del bienestar colectivo²³, o el equivalente al principio de intervención mínima que restringe la intervención penal a aquellos casos en los que no haya otro recurso y siempre que el uso del *ius puniendi* no resulte contraproducente²⁴. El “*harm principle*” se ha convertido, pues, por una parte en el supuesto límite único e infranqueable sin el cual no es posible la incriminación de una conducta y, por otra, en argumento aparentemente suficiente para la criminalización de cualquier conducta independientemente de que concurran o no. Esto último, la premisa del “*harm principle*” como “condición suficiente” para la criminalización, nunca ha conformado realmente el sentido de este principio penal, pero ha acabado convirtiéndose en una manifestación del mismo según un sector doctrinal crítico con ello que afirma que para criminalizar un comportamiento habrá que demostrar algo más que la mera lesividad del mismo²⁵ y que reprochan que la flexibilización del concepto de “daño” ha permitido la proliferación de conductas castigadas simplemente por ser contrarias a las convicciones morales dominantes²⁶. Por el contrario, la primera de las premisas, la que

²¹ Véanse al respecto, análisis interesantes como el de AMBOS, K.: “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 2, 2013.

²² Véase, entre otros, RAZ, J.: *The morality of freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, págs. 425 y ss.

²³ Véase, en particular, LACEY, N.: *State Punishment. Political principles and community values*, Routledge, London, 1994.

²⁴ En particular, ASHWORTH, A.: “Is the Criminal law a lost cause?”, *Law Quarterly Review*, vo. 116, núm. 2, 2000.

²⁵ Así, entre otros, DRIPPS, D. A.: “The Liberal Critique of the Harm Principle”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 17, núm. 2, 1998, págs. 3 y ss., quien sostiene que “el principio del daño es profundamente deficiente como expresión compleja de los límites que deben restringir el uso por la sociedad del instrumento coercitivo”. Entre otras razones de interés sobre las que argumenta las deficiencias del principio, señala DRIPPS, que el principio del daño difícilmente se puede justificar como norma interna o legitimadora, y tampoco será probable que se acepte como un principio externo que limite efectivamente al Estado en su discrecionalidad política. Añade, además, que la idea de daño es demasiado vaga, dependiente de evaluaciones de referencia de los derechos privados, abierta a largas cadenas de especulación causal, y demasiado catastrófica en sus juicios categóricos como para darle, en la práctica, un papel real de protección de la libertad; DRIPPS, D. A.: “The Liberal Critique...”, *ob. cit.*, pág. 3 y pág. 8. Para ello, sugiere DRIPPS utilizar reglas y normas procesales y jurisdiccionales, pero no un principio absoluto referido exclusivamente “al contenido de la conducta privada”; DRIPPS, D. A.: “The Liberal Critique...”, *ob. cit.*, pág. 3.

²⁶ Así lo señala HARCOURT: “A similar shift in justification is evident in a wide range of debates over

podríamos nombrar como exigencia del daño como “condición mínima para la criminalización” y que constituiría el auténtico núcleo fundamental del principio, ha sido menos discutida por la dogmática pese a que, como se verá a continuación, tampoco está tan clara ni siquiera desde la primera exposición del principio.

La enunciación inicial del principio del daño se debe a J. S. Mill. Es en su obra “On Liberty”²⁷, donde señala que las relaciones de la sociedad con el individuo caracterizadas por la coacción y el control y donde el medio utilizado sea la fuerza física en forma de sanciones legales o la coacción moral de la opinión pública, deberían estar gobernadas por “*one very simple principle*”²⁸: “el principio es, que el único fin para el que el género humano está autorizado, de forma individual o colectiva, a interferir en la libertad de acción de cualquiera, es la autoprotección. Que el único propósito con el que el poder puede ser legítimamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su propia voluntad es para prevenir el daño a otros. Su propio bienestar, sea físico o moral, no es suficiente garantía. No puede ser compelido a hacer u omitir algo porque ello resulte mejor para él, porque vaya a hacerle más feliz, porque, conforme a la opinión de otros,

the regulation or prohibition of activities that have traditionally been associated with moral offense—from prostitution and pornography, to loitering and drug use, to homosexual and heterosexual conduct. In a wide array of contexts, the proponents of regulation and prohibition have turned away from arguments based on morality, and turned instead to harm arguments”; HARCOURT, B.: “The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in *United States v. Windsor*, John Stuart Mill's Essay on Liberty (1859), and HLA Hart's Modern Harm Principle.”, en *U of Chicago, Public Law Working Paper*, núm. 437, 2013, pág. 110. Por eso, señala HARCOURT que el principio del daño ha sufrido un efectivo colapso bajo el peso de su propio éxito: las reclamaciones de que determinadas conductas causan daño han llegado a ser tan variadas y numerosas que el principio del daño ha acabado por no tener significado y por no servir a su función crítica. Pero al estar presente parece legitimar, de forma silente, cualquier criminalización que cause “cualquier tipo de daño”. HARCOURT, B.: “The Collapse of the...”, *ob. cit.*, págs. 13 y ss. Estas reflexiones las mantiene en “The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in *United States v. Windsor*, John Stuart Mill's Essay on Liberty (1859), and HLA Hart's Modern Harm Principle.”, poniendo como ejemplo de esta perversión del principio del daño la resolución por la Corte Suprema del caso *United States v. Windsor* en relación con la sección tercera de la Defense of Marriage Act (DOMA) y en relación con la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal dictaminó a favor de la posición de los matrimonios del mismo sexo argumentando el “daño” que tal Ley hacía a esas personas, pero después de enzarzarse en una discusión sobre los múltiples daños que una y otra posición causaban y es a ese respecto al que señala HARCOURT que “en ese debate, el principio del daño no desempeña ya ningún papel: se trata de un debate vulnerable a la mayor demagogia, atractivo para el gran público, y la presión social”, pero totalmente alejado de lo que el principio pretendía, limitar críticamente la criminalización. En sentido similar SMITH, S. D.: “The Hollowness of the Harm Principle”, *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 05-07, 2004; y LUNA, E.: “The overcriminalization phenomenon”, en *American University Law Review*, vol., 54, núm. 3, 2005, págs. 719 y ss. También Tomlin reconoce el carácter difuso y vago del término daño, en TOMLIN, P.: “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, en *Ethics*, Vol. 124, No. 2 (January 2014), págs.. 272 y ss, especialmente pág. 290.

²⁷ Pese a ser el más reputado discípulo de BENTHAM y ser indiscutibles sus ideas utilitaristas, se ha discutido, a mi parecer con acierto, que el “*harm principle*” pueda construirse exclusivamente desde estas bases filosóficas. Sobre ello véanse las reflexiones de DERSHOWITZ, A. M.: “Mill, On Liberty”, en MILL, J.S.: *On liberty & Utilitarianism*, Bantam Classic, NY, 1993, pág. VIII.

²⁸ MILL, J. S.: *On Liberty & Utilitarianism*, Bantam Classic, NY, 1993, pág. 13.

hacerlo sería sabio o, incluso, correcto”²⁹. Independientemente de que la filosofía de Mill iba más allá de ese único y simple principio, fue esta idea de que el Derecho penal sólo se puede utilizar para sancionar conductas lesivas y no por otros motivos, la que se impondría como referencia de la filosofía liberal posterior³⁰, especialmente a partir del debate entre Patrick Devlin³¹ y H. L. A. Hart³² a propósito de la criminalización de las relaciones homosexuales en el ámbito privado³³. Más que resultar vencedores los argumentos de uno u otro autor lo que triunfó fue la idea de que el Estado no puede intervenir de forma coercitiva en la vida de las personas, aun cuando, conforme a estándares comunes, actúen de forma inmoral, a menos que tales comportamientos dañen a otros³⁴.

La que, sin embargo, es unánimemente considerada versión más depurada del principio del daño³⁵, la del jurista americano Joel Feinberg, parecía desviarse significativamente de la dicción original de Mill precisamente en no considerar la exigencia de lesividad o de daño una condición mínima absoluta para la criminalización de cualquier conducta. Feinberg enuncia el principio del daño afirmando que “es siempre una buena razón a favor de la criminalización de una concreta conducta el que la misma pudiera ser probablemente efectiva para la prevención (eliminación o reducción) del daño a otras personas distintas del propio actor (el que tiene prohibido actuar) y que no haya otro medio posible para evitarla”.³⁶ La diferencia entre “el único fin para el que se está autorizado” de Mill y el “es siempre una buena razón” de Feinberg, no es un simple matiz³⁷. Así es reconocido

²⁹ MILL, J.S.: *On liberty...*, *ob. cit.*, pág. 14.

³⁰ Así, particularmente, HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963; y FEINBERG, J.: *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 1984, entre los más relevantes.

³¹ Todas ellas recogidas en la obra recopilatoria DEVLIN, P.: *The Enforcement of Morals*, Liberty Fund Edition, 1965.

³² Especialmente en HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality...*, *ob. cit.*,

³³ GREAT BRITAIN. COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES, AND PROSTITUTION. *The Wolfenden report: report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Stein and Day, 1963. Sobre el mismo véase el reciente trabajo MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal y moral...”, *ob. cit.*

³⁴ Véase SMITH, S. D.: “The Hollowness of the...”, *ob. cit.*, págs. 3 y ss., con múltiples referencias respecto a resoluciones en las que se ha tomado en consideración tal principio. Señala el autor que si bien es cierto que el Tribunal Supremo no ha “constitucionalizado” o conferido estatus legal al principio del daño son varias las resoluciones en las que tácitamente el mismo está siendo tomado en consideración, como el reciente caso de Lawrence vs. Texas en el que la Corte Suprema Americana invalida una Ley de Tejas que prohibía la sodomía homosexual. Véase también, BURGEES-JACKSON, K.: “Our Millian Constitution: The Supreme Court’s Repudiation of Immorality as a Ground of Criminal Punishment”, en *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol’y*, vol. 18, 2004, quien también sostiene la constitucionalización tácita del “harm principle” o por lo menos, el rechazo al moralismo legal

³⁵ Por todos, HUSAK, D.: *Overcriminalization: ...*, *ob. cit.*; o DUFF, R. A.: *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

³⁶ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*

³⁷ De hecho es significativo cómo expresa esto con claridad FEINBERG en el último de sus volúmenes de “The Moral Limits of the Criminal Law”, cuando señala, respecto a su propia construcción acerca de las limitaciones a la criminalización que “la teoría que emerge, con cuerdas flojas y puntos blandos, no es el -one very simple principle- que Mill proclamó en On Liberty, sino una construcción mucho más complicada”.

por Feinberg, quien frente a la contundente expresión de Mill de que el principio del daño es el único válido para legitimizar invasiones en la libertad de modo que una conducta que no cumpla tales términos no podría ser criminalizada, prefiere sostener de inicio una proposición más cautelosa consistente en afirmar que “es un principio legislativo válido, aunque no necesariamente el único, para justificar la criminalización”³⁸, a lo que suma que el mismo “puede ser completado o suplementado para lograr la adecuación moral pretendida”. De hecho, y como después se analizará en profundidad, Feinberg promulga como principio de criminalización junto al del daño el “principio de la ofensa”³⁹ que supone defender la legitimidad moral de la criminalización de conductas que no dañan pero sí ofenden a otros.

Sin embargo, y aunque es a Feinberg a quien se debe el desarrollo de este principio de la ofensa, una revisión exhaustiva de la argumentación de Mill y Hart sobre los límites para la protección penal de la moral muestra que, si bien de forma si no encubierta no totalmente explícita, estos autores ya abrían la puerta a la criminalización de conductas no lesivas por medio de la diferenciación entre la “inmoralidad pública” o la indecencia, como conceptos diferenciados de lo “inmoral” en el ámbito privado que es lo que, a su parecer, nunca podía justificar la intervención penal. En efecto, es el propio Mill, quien en “On Liberty” ya plantea la posibilidad de intervenir legalmente frente a conductas que, no causando daño a otros, sí resultan contrarias a la decencia pública⁴⁰. Concretamente señala el autor

FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford, 1988, pág. 319.

³⁸ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, págs. 11 y 12.

³⁹ He preferido traducir “*offence principle*” como principio de ofensa, pese a que en la doctrina española BERNAL DEL CASTILLO lo ha traducido recientemente como “principio de ofensividad”. BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Recensión a Andrew P...”, *ob. cit.* Son varias las razones por las que entiendo más acertada esta denominación. La primera, determinante para rechazar de plano la denominación propuesta por el autor citado, es que el término principio de ofensividad ya tiene un significado en castellano como sinónimo del principio de lesividad o del de exclusiva protección de bienes jurídicos (por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, *Poder Judicial*, núm. 28, 1992) procedente, probablemente, de la traducción literal del término que tiene tradición en Italia, “principio di offensività” (véase, particularmente, MANES, V.: *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Giappichelli Editori, Torino, 2005). Utilizar ahora el mismo término para referirnos, aunque sea como referencia de un principio vigente en otra tradición jurídica, a otra cosa, me parece confuso. Especialmente porque el principio de ofensividad, tal y como en nuestra tradición se viene entendiendo, parece relacionarse más con el principio del daño y no, desde luego, con el principio de la ofensa en el que, según la configuración de FEINBERG, no hay una real lesividad, sino más bien una afectación de la sensibilidad de las personas sin violación de sus derechos. Por otra parte creo que traducir “*offence principle*” como principio de la ofensa es coherente con la traducción que, en castellano, se le ha dado al “*harm principle*” como principio del daño (por todos, HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico...*, *ob. cit.*). Si en el “*harm principle*” la exigencia para la incriminación se concreta en que se castiguen penalmente conductas que constituyan un daño para otros, en el “*offence principle*” la exigencia para la incriminación se manifiesta en que se sancionen penalmente conductas que constituyan una ofensa para otros. Si el primero se ha traducido como principio del daño, por aquello que se exige que cause la conducta, un daño; el segundo consecuentemente se puede traducir como principio de la ofensa, aquello que, en este caso, se demanda que produzca el comportamiento. Por eso entiendo preferible principio del daño a principio de “lo ofensivo” o de “lo que ofende”.

⁴⁰ Entiende que en ningún caso MILL establece una excepción al “*harm principle*”, STANTON-IFE,

libertario que “hay muchos actos que, aun resultando perjudiciales sólo para los propios agentes, no deben ser prohibidos, pero que, si se llevan a cabo públicamente, conllevan una violación de los buenos modales y entran dentro de la categoría de las “ofensas” que pueden prohibirse. De este tipo son las ofensas contra la decencia acerca de las cuales es innecesario detenernos aquí al estar sólo indirectamente conectadas con el objeto de nuestro trabajo”⁴¹.

Esta idea es desarrollada posteriormente por Hart al tratar de separar de la prohibición de la homosexualidad en el ámbito privado la penalización, permitida en algunos Estados y para él justificada, de la bigamia. Dice Hart que la ley, en esos supuestos “interviene para proteger las sensibilidades religiosas de actos públicos indignos, puesto que la bigamia se castiga no porque sea contraria a la religión o inmoral, sino por ser una molestia”⁴², usando justo a continuación un término, el de *offence*, que avanza pues, una excepción al principio del daño “*for the law is then concerned with the offensiveness to others of his public conduct, not with the immorality of his private conduct*”⁴³. De hecho Hart continúa más adelante su argumentación señalando que, al igual que se puede diferenciar entre la negación de las “verdades de la religión católica” y la blasfemia que supone la utilización de maneras ofensivas e insultantes “que pueden causar “un quebrantamiento de la paz”⁴⁴, existe una línea clara que divide la inmoralidad de la indecencia y que se basa en la diferencia entre lo que se hace en privado y lo que se hace en público y ofende a los demás; línea que, según el autor, ha llevado al legislador en Inglaterra a no criminalizar la prostitución pero a castigar sus manifestaciones públicas “en aras de proteger a los ciudadanos ordinarios, testigos involuntarios que pasean por las calles, de algo ofensivo”⁴⁵. Hart aquí no habla en ningún momento de “*harm*”, sino de “*offence to feelings*”, aceptando, implícitamente, la incriminación de conductas no lesivas pero sí “ofensivas” a los sentimientos de las personas o de “la colectividad”.

Puede verse, pues, como el supuesto valor de tal principio como “límite mínimo” de la criminalización estaba en discusión ya desde su propia enunciación. La

aunque ciertamente no hace referencia al párrafo citado. STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle for?”, en *Criminal Law and Philosophy*, 2014.

⁴¹ MILL, J.S.: *On liberty...*, *ob. cit.* Esto es curiosamente obviado por gran parte de la doctrina que parece no reconocer la existencia de algún tipo de versión del *offence principle* en MILL. Si lo dice con claridad, WESTMORELAND, R.: “Prohibiting immorality”, en *Public Affairs Quarterly*, vol. 3, núm. 4, 1989, págs. 79 y ss., considerando que más que una “marcha atrás” del significado del *harm principle*, el reconocimiento del “principio de la ofensa” por MILL conlleva una aceptación implícita del moralismo legal.

⁴² HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality...*, *ob. cit.*, págs. 40 y 41.

⁴³ HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality...*, *ob. cit.* pág. 41.

⁴⁴ HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality...*, *ob. cit.*, pág. 44.

⁴⁵ HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality...*, *ob. cit.*, pág. 45. Añade más adelante, frente a la posible objeción de que no sólo puede “ofender” a los sentimientos algo realizado en público sino también algo que se sabe que se realiza en el ámbito privado, que si no se atiende a la distinción entre lo que se hace en público y lo que se hace en privado, entonces la decisión de castigar a las personas por “*mere immorality*” y la de sancionarles por perpetrar “conductas ofensivas a los sentimientos de otras, pese a ser conceptualmente distintas, no diferirían en la práctica. Toda conducta fuertemente considerada inmoral sería entonces sancionable”. HART, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality...*, *ob. cit.*, pág. 46.

premisa de la “condición mínima para la criminalización” no era siquiera aceptada en sus conclusiones más absolutas por quien la había promulgado, a partir de lo cual habría dos posibilidades: o bien podríamos entender que no hay una condición mínima para la criminalización y que el legislador no tiene un límite general derivado de las características de la conducta que le restrinja en el uso del *ius puniendi*, premisa que parece defenderse por parte del moralismo legal en el DPA⁴⁶, o bien podría defenderse que si bien el daño no es la única condición mínima, lo sería junto con la ofensa de la conducta, de modo tal que para la criminalización habría una “condición mínima alternativa”, conforme a lo cual la misma sólo se puede realizar si la conducta es o bien dañosa o bien ofensiva. Esta es la tesis de Feinberg y acerca de los argumentos a favor y en contra de la misma, en particular de la legitimidad de la criminalización de las conductas ofensivas aun no siendo lesivas, dedicaremos las siguientes páginas.

2.2. El “principio de la ofensa” como principio de criminalización

2.2.1. Feinberg y la criminalización de conductas ofensivas

La más depurada construcción de los principios de criminalización, entendiendo por estos los que enuncian las bases y límites que deben guiar a los legisladores a la hora de regular penalmente la prohibición de determinadas conductas, es la que lleva a cabo el profesor de Detroit Joel Feinberg con la publicación de *The Moral Limits of the Criminal Law*⁴⁷. En esta obra el autor no sólo desarrolla el principio del daño con una complejidad y capacidad de alcance mucho mayor que la que había tenido hasta el momento, sino que, al tratar de construir un análisis completo sobre las restricciones morales a las que está sometido el legislador, suma a él otro principio que permite al legislador criminalizar conductas desde parámetros distintos de los del daño a los intereses de otros que cause la conducta. Se trata del “*offence principle*” o “principio de la ofensa”, que “se formula como sigue: “siempre es una buena razón, en apoyo de una propuesta de prohibición penal, el que la misma sea, con probabilidad, un modo efectivo de prevención de ofensas graves (como opuestas a lesiones o daños) a personas distintas del autor, así como que la prohibición constituya una medida necesaria para lograr tal fin (lo que significa que probablemente no hay otros medios igualmente efectivos y de no

⁴⁶ Véase, por ejemplo, DWORKIN, G.: “The Limits of the Criminal Law”, en DEIGH, J. / DOLINKO, D.: *The Oxford Handbook of philosophy of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, págs. 3 y ss. Sobre el moralismo legal, los autores que lo engloban y el alcance de sus tesis, véase el análisis, más bien crítico con este planteamiento filosófico, de HÖRNLE, T.: “Theories of Criminalization...”, *ob. cit.*, pág. 679 y ss.

⁴⁷ Publicada en cuatro volúmenes de 1984 a 1988, *The Moral Limits of the Criminal Law* está considerada no sólo la obra esencial acerca de los principios de criminalización, sino una de las más importantes, por influyentes, obras de Derecho penal de todos los tiempos. Desarrolla el principio del daño (vol. 1), el principio de la ofensa (vol.2), la problemática del paternalismo penal (vol. 3) y las críticas a la filosofía liberal que él sostiene por parte de las posiciones del moralismo legal (vol. 4).

mayor coste para otros valores)”. El principio supone, en efecto, que la prevención de conductas ofensivas es, propiamente, “un asunto del Estado”. Esto no significa, explica Feinberg, que el Derecho penal deba ocuparse de las “meras molestias” causadas por conductas que pueden perturbar la paz de las personas⁴⁸, pero sí que debe hacerlo frente a conductas que, no causando “daño o peligro”⁴⁹, sí son conductas injustas (*wrongdoing*)⁵⁰ que pueden producir “experiencias no placenteras y causar inconveniencias molestias, ambas las cuales son sin duda males, aunque no resulten males tan graves como el daño”⁵¹.

Puede decirse, por tanto que Feinberg, al dar carta de naturaleza, dentro de las categorías de ilícitos (*wrongdoings*) que pueden ser objeto de incriminación penal, a las conductas ofensivas aparte de las conductas dañosas, está llevando al cabo al menos tres declaraciones: en primer lugar está definiendo las “*offence*”, y lo está haciendo como algo propio y diferente de las conductas que causan daño, puesto que no considera equivalentes ofensa y daño; en segundo lugar, está estableciendo una excepción al que se suponía que era principio o exigencia única para la criminalización, la de que la conducta produzca un daño a otros, al aceptar que algo que no lo causa puede ser objeto de sanción penal; por último, al sostener que sus afirmaciones son coherentes con los principios filosóficos liberales que él sostiene, está afirmando también que una ofensa es algo que va más allá de un actuar inmoral y, por tanto, está estableciendo un límite mínimo para la criminalización de conductas no dañosas pero sí ofensivas. Vamos a analizar estos tres puntos por separado.

El primer punto esencial del desarrollo teórico de Feinberg consiste en dar carta de naturaleza a la “*offence*”, como algo diferente al “*harm*”, o, en otros términos, en entender que las conductas ofensivas susceptibles de criminalización no causan propiamente un daño. De hecho podría decirse que esto es lo más claro y preciso de la definición de ofensa de Feinberg quien, como ha señalado Husak⁵², más que

⁴⁸ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 5.

⁴⁹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 25.

⁵⁰ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 2. Donde señala que el principio de ofensividad permite la prevención de conductas “*wrongfully offending (offending, and wronging)*”. Al fin y al cabo, afirma, al igual que sucede con la palabra “*harm*”, daño, la palabra ofensa tiene dos sentidos, uno general y otro estrictamente normativo, el primero referido a una miscelánea de estados mentales negativos, y el último referido a aquellos estados sólo cuando vienen causados por la conducta injusta (que viola derechos) de otros. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 1 y 2. “Sólo en el último sentido podemos entender el principio de la ofensa”. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 2.

⁵¹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 25.

⁵² HUSAK, D.: “Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations”, en VON HIRSCH, A. / SIMESTER, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive...*, *ob. cit.*, pág. 94. De hecho HUSAK critica la definición de ofensa de FEINBERG no tanto porque crea mejor otra sino por su carácter excesivamente amplio y vago hasta el punto de que, según el autor, resulta difícil el progreso de cualquier debate filosófico sobre un principio llamado “el principio de la ofensa” sin que previamente se haya clarificado realmente la naturaleza de la propia “ofensa”. A mi parecer, yerra HUSAK en esta crítica, pues si bien es innegable que no resulta sencillo deslindar la ofensa del daño moral, en ocasiones, FEINBERG no sólo define y concreta el significado de ofensa, sino que trata de diferenciarla de “*harms*” y “*hurts*”, logrando, a mi parecer, la más depurada

definir “*offense*” lo que hace es caracterizar los estados mentales no deseados que produce la conducta⁵³ y afirmar, con contundencia, que los mismos resultan demasiado triviales o fugaces para ser calificados como genuinos daños⁵⁴. Y esta afirmación de Feinberg es enormemente relevante porque algunos autores sí habían anteriormente tratado de relacionar la criminalización de las ofensas con la presencia de algún tipo de daño, concretamente de un daño moral. Así lo sostenía Schwartz, para quien el daño moral que causaba la afectación a la sensibilidad producida por una ofensa grave podía equipararse al daño físico⁵⁵. Esto es directamente descartado por Feinberg, para quien ofender consiste en agraviar (*to wrong*) a otro causándole un estado (mental) de desagrado que, sin embargo, no conlleva una lesión de sus legítimos intereses⁵⁶. Por otra parte, dañar consiste en frustrar, derrotar o retrasar los intereses, entendidos como componentes individuales o colectivos del bienestar de una persona⁵⁷, de otro⁵⁸. El daño consiste, pues, en la “invasión” de alguno de esos intereses de un sujeto llevada a cabo por medio de un agravio (*wrong*), de modo que exige el actuar injusto y también la afectación al bienestar de esa persona⁵⁹. Pero, señala Feinberg, “no cualquier cosa que desagrada o de lo que se resiente alguien y que desearía evitar, es lesivo”⁶⁰, por lo que hay que diferenciar entre aquello que nos molesta y aquello que daña nuestros intereses esenciales. La diferencia no es sencilla y requerirá de la valoración de cuáles son los intereses que conforman la esfera de lo protegido, tanto a nivel individual como del bienestar colectivo⁶¹. Pero es a partir de ella de la que se puede afirmar, por ejemplo, que las conductas que dañen psicológicamente al sujeto entrarían dentro de la categoría del daño moral, pero no aquellas que, constituyendo también un agravio, afectan de forma profunda a su sensibilidad moral pero no producen un perjuicio psicológico concreto⁶². Y tampoco puede decirse que la ofensa entra en el

expresión de lo que es ofender siempre sin dejar de olvidar que estamos ante un concepto valorativo.

⁵³ “Sufrir una molestia, una decepción, un disgusto, vergüenza y varias otras condiciones desagradables como el miedo, la ansiedad y otros dolores y molestias menores, no son, en sí mismas, necesariamente lesivas. Consecuentemente no importa cómo se pondere el principio del daño, porque no podrá legitimar cualquier interferencia en la libertad de algún ciudadano que se lleve a cabo con el único propósito de prevenir este tipo de estados no placenteros para otros”. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 1.

⁵⁴ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 1.

⁵⁵ SCHWARTZ, L. B.: “Morals Offenses and the Model Penal Code”, *Columbia Law Review*, vol. 669, núm. 10.2307, 1963.

⁵⁶ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 1 y 2. Véase el desarrollo que hace COETZEE de tal diferenciación, que acepta y mantiene, en relación con la pornografía, en COETZEE, J.M.: *Giving offense. Essays on censorship*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996, págs. 18 y ss.

⁵⁷ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, pág. 34.

⁵⁸ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, pág. 33. Este constituiría el segundo sentido del término “*harm*”.

⁵⁹ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, pág. 35. Este sería el tercer sentido de la palabra “*harm*”.

⁶⁰ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, pág. 45.

⁶¹ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, págs. 37 y ss., 55 y ss. y 221 y ss.

⁶² FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 274 y ss. En sentido similar, como después se verá, señala VON HIRSCH que “*Psychological harm is something that does exist, but it consists of more than the state of being affronted. The person's psychological resources would need to be affected-for example,*

ámbito del principio del daño por la posibilidad que ella tiene, al ir persistiendo en el tiempo, de producir un daño futuro⁶³. También esta cuestión del “daño remoto” la había analizado Feinberg quien, con respecto a las ofensas, en ningún momento justifica su incriminación por el daño que ellas pueden producir en el futuro, sino por su propio sentido de “agravio” y por la afectación de la sensibilidad moral que producen en el presente⁶⁴.

La ofensa, pues, y entrando ya en la segunda de las afirmaciones, no daña ningún interés jurídico concreto para Feinberg, aunque sí causa tal afrente a la sensibilidad de las personas que puede ser incriminada en determinados casos. Así, Feinberg justifica la criminalización de comportamientos no lesivos, negando que, con ello, pueda equipararse su teoría de la criminalización con el Moralismo legal⁶⁵. Para hacerlo se adhiere a los argumentos que utilizó Hart para defender la criminalización de la bigamia bajo el principio de la ofensa: desnudarse en público, defecar en público o casarse con dos personas simultáneamente de forma pública no son comportamientos criminalizables por resultar inmorales, sino por ofender la sensibilidad de otros al ser testigos de conductas que, si se realizan en privado, no supondrían una afrenta para nadie⁶⁶. De nuevo, en la línea de Hart, Feinberg parece asignar el rol de “criminalización (no aceptable) de una conducta inmoral” a la criminalización de un comportamiento realizado en el ámbito privado que, conforme a las convicciones morales de la sociedad, resulte “ofensivo” o hiera la sensibilidad social⁶⁷, no entendiendo que la criminalización de una conducta que, al realizarse en público, pueda atentar contra un consenso moral colectivo, sea en sí un problema. Con esto, pues, Feinberg acepta la criminalización de conductas contrarias a las convicciones morales sociales siempre que se realicen en público, con un tipo de argumentación que le sitúa mucho más cerca, tal y como han entendido Alexander⁶⁸

through his coping mechanisms becoming adversely affected in various ways (being traumatised, having difficulty concentrating on work, etc.). These are not the standard effects of offensive conduct. The normal person may be irritated or disgusted when seeing someone disrobing in the bus, but he or she is unlikely to suffer such impairments”.

⁶³ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, págs. 7 y ss. Le da la razón a FEINBERG DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, pág. 133, señalando que la idea de daño no juega un rol relevante en la criminalización de las conductas ofensivas.

⁶⁴ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, pág. 8

⁶⁵ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 3 y ss., y, aún más expresamente, FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, *ob. cit.*, págs. 15 y 16.

⁶⁶ FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, *ob. cit.*, pág. 15.

⁶⁷ Esto es, para FEINBERG, lo que constituiría auténtico moralismo legal. En el mismo sentido de marcar la diferencia en “la criminalización de lo privado”, ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 258.

⁶⁸ ALEXANDER, L.: “The legal enforcement of morality”, en FREY, R. G. / HEATH WELLMAN, C.: *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Malden, 2003, págs. 135 y ss. Concretamente afirma que el único punto de diferenciación estriba en la criminalización (no aceptable por FEINBERG) de las conductas inmorales realizadas en privado, respecto a las cuales, señala ALEXANDER que tampoco serían aceptadas como criminalizables por el moralismo legal por otros motivos. ALEXANDER, L.: “The legal enforcement...”, *ob. cit.*, pág. 136. Por todo ello entiende el autor, en el análisis a mi parecer más interesante y acertado de los que se han realizado sobre la obra de FEINBERG, que éste tiene tan sólo dos opciones: o bien aceptar que pueden ser criminalizadas las conductas que, conforme a las convicciones mayoritarias de

o Westmoreland⁶⁹ o Stanton-Ife⁷⁰, del “*legal moralism*”, de lo que Feinberg quisiera expresar.

Quizás eso explique, y entramos en la tercera premisa a analizar, que Feinberg trate de restringir la vigencia del principio de ofensividad, exigiendo un estándar de ofensa e incorporando principios mediadores que limiten la criminalización de las ofensas. En cuanto a lo primero, para Feinberg no basta con que la conducta afecte a la sensibilidad, sino que la misma, para poder ser criminalizada, debe conllevar una afrenta (que no un daño) personal grave⁷¹. Es decir, Feinberg distingue las ofensas profundas o graves de las meras molestias (“*nuisance*”), siendo estas últimas las que pueden afectar a la sensibilidad de una persona al conocer que la conducta se está realizando (el sujeto que sabe que hay adultos disfrutando de una orgía lasciva en la casa de abajo)⁷² y, las primeras, las que exclusivamente entrarían en el ámbito del principio de la ofensa, las que ofenden al sujeto por obligarle a afrontar una experiencia que afecta gravemente a su sensibilidad más profunda (cuando se es testigo indirecto, al pasar por la calle, de la citada orgía realizada en un espacio público)⁷³. Feinberg, pues, y esto es interesante, acerca la ofensa al daño al exigir una relación personal de afrontamiento entre la conducta y la sensibilidad de la persona afectada⁷⁴, si bien expresa con claridad que ello no implica que la conducta tenga que ser dañosa para poder ser criminalizada.

Feinberg, sin embargo, reconoce que hay abundantes razones para ser “extremadamente cautos en la aplicación del principio de la ofensa”⁷⁵, por lo que considera necesario que tal principio sea formulado de forma muy precisa y complementado por estándares apropiados y por máximas que impidan que se abra la puerta a una criminalización intuitiva y al por mayor⁷⁶. De ahí que pueda decirse que el mayor (y más loable) esfuerzo de Feinberg consiste en establecer límites internos, o, en realidad, si es que el principio es más bien legitimador que restrictivo, contenido, al *offence principle*, por medio de un conjunto de estándares que deberían ser tomados en cuenta a la hora de valorar la criminalización de una ofensa. Concretamente lo

una sociedad en concreto, son inmorales y, así, abrazar el moralismo legal, o bien mantener el principio liberal considerando criminalizables exclusivamente por medio del principio de la ofensa sólo aquellas molestias o atentados a la sensibilidad que, fuera de lo que marquen las normas concretas de una sociedad, y para todos y cada uno de los pueblos, resultarían ofensivos. No parece que sea esta la voluntad de FEINBERG.

⁶⁹ WESTMORELAND, R.: “Prohibiting immorality”, en *Public Affairs Quarterly*, vol.3, núm. 4, 1989, págs. 93 y ss., incluyendo en tal equiparación (en la práctica) entre el moralismo legal y el liberalismo no sólo a FEINBERG sino, también, a mi parecer con acierto, al propio MILL.

⁷⁰ STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.*

⁷¹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*

⁷² FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 5 y ss.

⁷³ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 7 y ss.

⁷⁴ De nuevo, en todo caso, y como sucedía con HART, lo que le preocupa a FEINBERG no es tanto la base moral de lo prohibido, como el carácter público o privado de lo que, por el hecho de ser “vivido” y no “meramente conocido” puede llegar a afectar a la sensibilidad y, conforme a su visión, justificar su criminalización.

⁷⁵ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 25.

⁷⁶ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 26.

que propone Feinberg es, en cada uno de los casos en los que se plantee la criminalización de una conducta no dañosa pero sí ofensiva, la realización de un balance entre la gravedad de la ofensa a los sentimientos que produce la conducta con la razonabilidad intrínseca de la conducta del sujeto que ofende⁷⁷, ofreciendo además los criterios que se tienen que tener en cuenta en cada caso. Concretamente entiende que la seriedad (o gravedad) ofensiva de la conducta dependerá de (1, “*the extent of offense standard*”) la intensidad y duración de la repugnancia que produzca la ofensa, así como la potencial extensión de la capacidad ofensiva de la misma con respecto a un gran número de personas⁷⁸; (2, “*the reasonable avoidability standard*”) la dificultad que pueden tener los potenciales testigos involuntarios de las palabras o exhibiciones ofensivas para serlo⁷⁹; y (3, “*the volenti standard*”) atendiendo a si los potenciales testigos han asumido voluntariamente el riesgo de ser ofendidos bien por curiosidad o por la búsqueda de placer, y ello en aplicación de la máxima *volenti non fit injuria*⁸⁰; a⁸¹ lo cual suma (4, “*the discounting of abnormal susceptibilities*”) la necesidad de descontar lo que Feinberg llama “susceptibilidades fuera de lo normal”. Estos estándares tendrán que ponerse en la balanza frente a los otros que concretan la importancia, en términos positivos, que tiene la realización de la conducta ofensiva, especialmente para el sujeto que la perpetra. En concreto Feinberg cita como estándares: (1, “*the personal importance*”) la importancia que la conducta tiene para el que la realiza desde parámetros de preferencias e intereses vitales⁸²; (2, “*the social value*”) la utilidad que para la

⁷⁷ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 26 y pág. 35.

⁷⁸ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 25, 26 y 35. En el sentido de que cuanto más extendida esté la susceptibilidad con respecto a una determinada conducta ofensiva, más justificada estará la intervención penal, y por el contrario, que las conductas que sólo ofenden a personas con una susceptibilidad anormal no pueden entenderse como conductas “profundamente ofensivas”. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, pág. 26. Todo esto es ampliamente desarrollado por FEINBERG. Así, por ejemplo, señala que “cuando es previsible que la acción o expresión pueda ofender prácticamente a cualquier persona que la contemple o escuche, o cuando ofendería a cualquier persona que fuera el blanco de un ataque igual, entonces hay razones poderosas para prohibirla, a pesar de que no haya una universalidad en la respuesta a la misma”. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, págs. 30 y 31.

⁷⁹ Conforme a lo cual cuanto más fácil sea para el público evitar el entorno en el que se ha producido la conducta, menos grave resultará la ofensa, y al revés, cuanto más difícil sea evitar encontrarse con ella, más grave resultará. FEINBERG usa como ejemplo para esto el de los “*dirty books*”, señalando que ¿quién se siente ofendido por el contenido de un libro obsceno que está en la estantería de una librería esperando ser leído?. Al respecto afirma el autor que “nadie tiene derecho a ser protegido por el estado contra experiencias ofensivas si él podría, fácilmente y de forma efectiva, evitarlas sin ningún tipo de esfuerzo inconveniente o fuera de lo razonable”. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 32.

⁸⁰ Uno “puede resultar ofendido por una conducta que uno mismo ha consentido”; FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 32.

⁸¹ En el sentido de que cuanto más frágil o sensible sea la *psyche* del que sufre la ofensa, menos protección debe esperar del Derecho penal. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 34.

⁸² FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 37, quien señala que si la conducta en cuestión es parte de su actividad económica es obviamente importante para él, al igual que si contribuye a su salud, talento conocimiento, virtud o a su placer. Por el contrario conductas gratuitas, frívolas o perversas que no le aportan nada a quien las realiza, no entran dentro del estándar de la “importancia personal” y no podrá descontarse el mismo si ofenden a otro. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 38.

sociedad en global puede desempeñar el que las personas realicen ese tipo de conductas “ofensivas”⁸³ y en particular (3, “*free expresión*”), el ejercicio libre de opiniones especialmente en materia de políticas públicas pero también en temas históricos, científicos, religiosos o morales⁸⁴; (4, *alternative opportunities*) la disponibilidad de momentos o lugares alternativos que serían igualmente satisfactorios para el sujeto pero inofensivos para otros⁸⁵; (5, *malice and spite*) el carácter malicioso o vengativo de la acción ofensiva⁸⁶; (6, *nature of the locality*) el contexto de normalidad o anormalidad en el que se realiza la acción ofensiva⁸⁷. La comparación entre todos estos factores de gravedad de la ofensa y de relevancia de la conducta ofensiva debe ser tomado en consideración por el legislador a la hora de decidir sobre la incriminación de este tipo de conductas.

Y la limitación de la intervención penal no sólo abarca el qué castigar sino, incluso, el cómo y el cuánto. Al fin y al cabo, recordemos que el principio de la ofensa dice que es una buena razón para sancionar, pero no afirma que sea obligatorio hacerlo ni que deban utilizarse las sanciones más graves. En este sentido Feinberg señala como premisa inicial que el legislador no debería tratar lo que son ofensas como si fueran daños⁸⁸, de lo cual deriva tanto que no debiera controlarse las ofensas por medio del Derecho penal cuando sea posible hacerlo de forma efectiva por medio de otro tipo de regulaciones de tipo privado o administrativo⁸⁹, como que, si no hay más opción que criminalizarlas, deben entonces éstas ser castigadas con las sanciones más leves: “*more often fines than imprisonment, but when imprisonment, it whoud be measured in days rather than months or years*”⁹⁰. Añade Feinberg que quizás esto parezca demasiado obvio como para ser mencionado, pero son muchos los ejemplos que muestran que esta lógica de la proporcionalidad es muchas veces burlada por el legislador⁹¹.

⁸³ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 38.

⁸⁴ Como corolario de los estándares uno y dos, dado que la libertad de opinión es importante para el sujeto, pero también es esencial para la construcción de una sociedad libre y democrática, FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 38; lo que explica que incluso afirme que “ningún grado de ofensa en la opinión expresada es por sí suficiente para anular el derecho a la libertad de expresión, si bien el carácter ofensivo de la forma de expresión utilizada, más que su sustancia, puede tener el peso suficiente para negarla en algún contexto”, FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 44, también en pág. 39. Son muy interesantes, en este sentido, aunque imposibles de tener en cuenta aquí, las reflexiones de FEINBERG sobre los límites de la libertad de expresión y, en particular, la diferenciación entre la libertad de expresión en los contenidos y en la forma de expresar los mismos.

⁸⁵ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 40.

⁸⁶ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 41 y ss.

⁸⁷ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 43 y 44, señalando que conductas ofensivas perpetradas en vecindarios donde éstas son comunes es más razonable que en vecindarios donde las mismas son anómalas e inesperadas.

⁸⁸ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 3.

⁸⁹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 3.

⁹⁰ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 4.

⁹¹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 4 y ss., quien pone ejemplos clásicos como la sanción de veinte años de la sodomía en el Estado de Nueva York frente a los 10 años del asalto en primer grado.

Pese al esfuerzo limitador de Feinberg, lo cierto es que la enunciación del principio de la ofensa conlleva aceptar la criminalización de conductas independientemente del daño efectivo o potencial que las mismas causen a intereses personales y sociales dignos de tutela, y teniendo en consideración exclusivamente la afectación a la sensibilidad o, en otros términos, la incompatibilidad con las convicciones morales sociales de cada una de las conductas. Pese a que Feinberg rechaza que eso suponga caer en un moralismo legal, lo único que queda fuera con el principio de la ofensa son las conductas significativamente contrarias a la moral pública realizadas en el ámbito privado (bestialismo sexual animal en el ámbito privado, pornografía en el ámbito privado, etc.). Y esto, como bien ha advertido Alexander, hace que no difiera mucho la posición liberal de Feinberg del moralismo legal de filósofos americanos como Moore o Kekes, hasta el punto que siguiendo sus presupuestos podría afirmarse que se llegaría a las mismas conclusiones, desde otros caminos argumentativos, sobre qué se puede criminalizar y qué no⁹².

2.2.2. La modernización (por normativización) del “offence principle”

Ha destacado Von Hirsch cómo la cuestión del *offence principle*, en comparación con el global de la obra de Feinberg, ha pasado durante más de una década prácticamente desapercibido pese a lo relevante que resulta el establecimiento de una categoría propia de conductas no dañosas pero sí susceptibles de ser inculpas penalmente a juicio del autor americano⁹³. Esto ha llevado al propio Von Hirsch⁹⁴, en solitario primero y con Simester después⁹⁵, y a otros autores como Duff⁹⁶ y Stanton-Ife⁹⁷ a tratar de depurar el “principio de la ofensa” o a discutir su virtualidad separada de la del “principio del daño” (Petersen⁹⁸) a partir de la opinión de que el mismo, tal y como fue enunciado por Feinberg, podía abrir la puerta a la criminalización de muchas conductas. El objetivo, especialmente de

⁹² Así ALEXANDER, L.: “The legal enforcement...”, *ob. cit.*, págs. 133 y 134, citando expresamente los textos de MOORE. Coincido con Alexander en que las diferencias en la práctica relativas a qué se podría criminalizar y qué no, entre un planteamiento y otro son menores de las que se puede suponer, y también coincido con ello expresamente MOORE en un trabajo posterior a *Placing Blame*, en el que compara su teoría con la de Douglas HUSAK. MOORE, M. S.: “A tale of two theories”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 28, núm. 1, 2009.

⁹³ VON HIRSCH, A. “The offence principle in Criminal Law: Affront to sensibility or wrongdoing”, en *The King's college law journal*, nº11, 200, pág. 79 y ss. No opina lo mismo HUSAK, para quien el debate que ocupa a los filósofos del derecho sobre la criminalización de las ofensas es extenso y contrasta con que la auténtica razón de la “sobrecriminalización”, y con mucho mayor impacto en las tasas de encarcelamientos, es la criminalización de conductas de riesgo. HUSAK, D. N.: “Guns and Drugs: Case Studies on the Principled Limits of the Criminal Sanction”, *Law and Philosophy*, núm. 23, 2004, pág. 441.

⁹⁴ VON HIRSCH, A. “The offence principle in...”, *ob. cit.*, pág. 82.

⁹⁵ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*; VON HIRSCH, A. / SIMESTER, A. P.: *Incidivilities: Regulating...*, *ob. cit.*

⁹⁶ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*

⁹⁷ STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.*

⁹⁸ PETERSEN, T. S.: “No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges.”, en *Criminal Law and Philosophy*, 2015.

Von Hirsch y Simester es normativizar el “principio de la ofensa” para limitar su alcance. Al hacerlo se acaban llevando a cabo las mismas tres afirmaciones que atribuíamos anteriormente a Feinberg aunque, como se verá, con relevantes matices diferenciadores. La primera, que las *offence* son algo distinto a las conductas que causan un daño; la segunda, derivada de la anterior, que cabe una excepción al principio del daño de modo que es posible incriminar conductas ofensivas; y la tercera, que la ofensa también está sometida a un principio que impide la moralización del Derecho penal de modo que no cualquier ofensa puede ser incriminada. Analizaré las tres cuestiones por separado siguiendo, como hilo conductor, la propuesta de normativización de Von Hirsch y Simester sobre la cual ha pivotado el análisis de los otros autores y añadiendo, para cada una de ellas, los matices diferenciadores y los desacuerdos de éstos.

Respecto a la primera premisa, Von Hirsch y Simester coinciden con Feinberg en diferenciar claramente las conductas “dañosas” de las “ofensivas” a partir de las consecuencias que generan⁹⁹: mientras que el daño afecta a los intereses personales que forman parte de su vida, sobre los que puede reclamar limitando, en terminología de Raz¹⁰⁰, el ámbito de oportunidad que tales intereses definen¹⁰¹; “la conducta ofensiva por sí misma no reduce las oportunidades de la persona ni frustra sus objetivos”, sino que causa a la víctima una angustia sin afectar el elenco de intereses relacionados con el principio del daño¹⁰². No se puede equiparar, pues, ofensa y daño¹⁰³, ni desde la perspectiva del daño psicológico¹⁰⁴, ni como afectaciones del bienestar personal¹⁰⁵, ni por tratarse de daños remotos¹⁰⁶ o reactivos¹⁰⁷, si bien es indiscutible que muchas conductas ofensivas, que empiezan simplemente siendo tales, pueden acabar produciendo tal tipo de daños y, por tanto, entrar en el paradigma del “*harm principle*”¹⁰⁸. De hecho, entienden Simester y Von Hirsch que las conductas ofensivas sobre las que más claramente, aunque no las únicas, se justifica la criminalización son las que, además, causan un daño¹⁰⁹. Sin embargo, al

⁹⁹ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 108.

¹⁰⁰ Uno de los autores, junto con FEINBERG, que mejor desarrolló las premisas del principio del daño, especialmente en RAZ, J.: *The morality of...*, *ob. cit.*, y también en RAZ, J.: “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, en GAVISON, R (ED): *Issues on Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford University Press, 1989, págs. 313 y ss.

¹⁰¹ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 109

¹⁰² SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 109.

¹⁰³ En contra de esto PETERSEN, T. S.: “No Offense!...”, *ob. cit.*

¹⁰⁴ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, págs. 112 y ss.

¹⁰⁵ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 114.

¹⁰⁶ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 114 y ss.

¹⁰⁷ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 116

¹⁰⁸ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, págs. 111 y ss. De hecho, lo que plantea problemas a SIMESTER y VON HIRSCH, como antes en solitario a VON HIRSCH, no es tanto la ofensa que acaba en daño como, lógicamente, la ofensa sin daño.

¹⁰⁹ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 118, quienes citan además como ejemplo de caso de insulto que puede justificar una criminalización el “insulto racial”, entendiendo que en tal supuesto no sólo se atenta contra la sensibilidad de la sociedad sino que se pone en riesgo la posibilidad

igual que hace Feinberg, siguen defendiendo la vigencia de un “principio de la ofensa”, distinto al del daño, en el que lo relevante para criminalizar una conducta (ofensiva) no es el resultado potencial de la acción (en términos de daño) sino el propio sentido ofensivo, de falta de respeto no tolerable, por ilícito, de la conducta, independientemente de los resultados lesivos que genere en un sujeto en particular¹¹⁰.

Y es que en lo que dicen no coincidir con Feinberg los autores que han tratado de “modernizar” el “principio de la ofensa”, es en la propia conceptualización de la ofensa, básicamente en su consideración naturalística como una mera afectación de la sensibilidad de otro¹¹¹. La razón es el potencial alcance de tal tipo de definición, “enorme y difícil de acotar”¹¹², dado que la sensibilidad personal puede resultar ofendida por “casi cualquier cosa”¹¹³. Por ello, “para seguir preservando la autonomía personal y el principio democrático del minimalismo penal”¹¹⁴, la ofensa tiene que construirse a partir de la idea de “*wrongdoing*”¹¹⁵, o actuar ilícito que vendrá determinado por aquellas consideraciones o razones válidas que, normativamente, acoten cada ámbito de actuación¹¹⁶. En otras palabras, y siguiendo la explicación de Roberts, la condición subjetiva de “sentirme ofendido” no puede, por sí misma, ser suficiente para sustanciar el argumento para criminalizar una conducta, sólo la ofensa que sea en sí misma un actuar injusto (a partir de una valoración de licitud) puede ser objeto de sanción penal¹¹⁷. Tanto daño como

de la víctima acceder a la vida en comunidad, lo que es una cuestión de daño y no de ofensa. Citan también como ejemplo el exhibicionismo público en calles o parques, señalando que ello no sólo supone una falta de respeto sino un daño al restringir potencialmente el acceso de otros al disfrute de espacios públicos. Quizás, en este caso, los autores estén aprovechando la comentada “plasticidad” del concepto de daño para decir que en tales ofensas lo hay.

¹¹⁰ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 120.

¹¹¹ Digo “dicen no coincidir”, dado que FEINBERG en ningún momento atribuye un sentido naturalista a la *offence*, ni la desvincula en absoluto de tratarse de un “*wrong*” o injusto. Es cierto que su concepto inicial de afectación de la sensibilidad es amplio, pero al partir de que debe tratarse (para la criminalización) de un actuar injusto, es normativo. Quizás sea, en este sentido, más acertada la crítica de BAKER cuando señala que “*he fails to provide a theory of criminalisable wrongful offence*”. BAKER, D. J.: “The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material: Criminalizing Privacy Violations.”, *Singapore Law Review*, vol. 26, 2008, pág. 137. Sobre la idea de “*wrong*” en FEINBERG, véase, DUFF, R.A.: “Harms and wrongs”, *Buff. Crim. L. Rev.*, núm. 13, 2001-2002, págs. 13 y ss.

¹¹² SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 95. Lo que STANTON-IFE llama el “*oversensitivity problem*”. STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.* pág. 12.

¹¹³ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 22.

¹¹⁴ Que se corresponde en esencia con el carácter de última ratio y el principio de intervención mínima. Véase para una caracterización general, ASHWORTH, A.: *Principles of Criminal law*, 4th edition, Oxford University press, Oxford, 2003, págs. 33 y ss.

¹¹⁵ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 22. SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 95.

¹¹⁶ “*It is not affronting the sensibilities of other persons (even many of them) that should justify possible state intervention, but affront plus something else. That something else should consist of valid normative reasons for objecting to the conduct. Where state intervention is involved, the range of eligible reasons could well differ from those in everyday life: for example, my birthday-party example of a special personal relationship would not provide reasons for state action. But reasons there still should be*”.

¹¹⁷ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 18.

ofensa comparten, pues, que el hecho es un actuar injusto, si bien mientras que el primero se plasma en la lesión de intereses valiosos, el segundo se concreta en la falta de respeto que la conducta conlleva por sí misma conforme a las convenciones sociales¹¹⁸, independientemente de los efectos que tenga en la sensibilidad de las personas individuales, y debiendo determinarse caso por caso¹¹⁹. Concretamente Von Hirsch y Simester tratan de construir los fundamentos normativos del actuar injusto en relación con tres tipos de actuaciones en las que se suelen criminalizar las ofensas: las conductas injuriosas, las conductas exhibicionistas y la violación del anonimato en espacios públicos¹²⁰, y en todos ellos establecen como parámetro inicial la licitud y el carácter injusto de la conducta. Frente a Feinberg, pues, la ofensividad es independiente de que la conducta genere o no una afrenta¹²¹, es la falta de respeto o consideración que conlleva la realización de ese actuar ofensivo, más que la afrenta a la sensibilidad¹²². Cuestión distinta, a mi parecer, es que Von Hirsch y Simester sean capaces de argumentar convincentemente donde está la diferencia entre la afectación a la sensibilidad y la falta de consideración a otro. Teniendo en cuenta que también en la definición de la *offense* de Feinberg, el “*wrongdoing*” es elemento constitutivo de la ofensa que puede ser criminalizada¹²³, las diferencias entre el principio enunciado por Feinberg y el enunciado por Von Hirsch y Simester parece más terminológico que de significado material.

En todo caso, y entrando ya en la segunda de las premisas analizadas, el intento de justificación “normativa” del “principio de la ofensa” de Simester y Von Hirsch sí les lleva a argumentar en términos distintos a los de Feinberg el sentido de la criminalización de las ofensas. Para los autores las conductas ofensivas constituyen un injusto comunicativo, en el sentido de que expresan un contenido comunicativo distinto al normativo e independiente del daño que puedan causar o no, y por ello pueden ser incriminadas¹²⁴. El carácter injusto del actuar, pues, no deviene exclusivamente de que el comportamiento sea ilícito, sino de que sea un “injusto hacia alguien”, en este caso, la violación del derecho a ser tratado con la debida

¹¹⁸ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, págs. 99 y ss.

¹¹⁹ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*

¹²⁰ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, págs. 97 y ss.

¹²¹ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 100.

¹²² ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 107.

¹²³ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 3.

¹²⁴ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 120. Es realmente significativo que los autores atribuyen ese especial sentido comunicativo a las ofensas y no a las conductas lesivas, como si la lesión se entendiese exclusivamente en un sentido ontológico y no fuese, a su vez, una comunicación con respecto a la expectativa normativa. De nuevo lo que parecen querer expresar SIMESTER y VON HIRSCH es que mientras que bajo la vigencia del principio del daño lo relevante (comunicativamente) son las consecuencias, bajo el principio de la ofensa lo relevante es que la conducta, independientemente de sus consecuencias, puede ser “mala” en sí misma. Pero lo que no consiguen aclarar con acierto, a mi parecer, los autores, es qué hace mala, si no es la mera infracción normativa con la consiguiente circularidad argumental que ello conlleva, una conducta por sí misma. Afirmando que supone una clara falta de respeto no parece que se concrete demasiado.

consideración y respeto.¹²⁵ Y de ahí, según Simester y Von Hirsch, que la criminalización de conductas ofensivas no pueda considerarse equivalente a una criminalización de una mera inmoralidad, ya que la primera no es simplemente “mala” en abstracto, sino que “afecta a otros”, aunque no lesione sus intereses¹²⁶. La criminalización de conductas ofensivas, pues, y en la línea de las conductas que causan daño, va más allá de la regulación de conductas inmorales, según los autores, puesto que prioriza los intereses de las personas y no simplemente la moralidad¹²⁷. Esto, sin embargo, no ha convencido a todos los autores. Así, señala Stanton-Ife, que con el principio de ofensa no consiguen dar una explicación general de cuando, y por tanto por qué, una conducta ofensiva puede ser criminalizada¹²⁸. Al normativizar el principio de la ofensa, es en la existencia de un “*wrongdoing*” donde se establece el límite de la criminalización, y no en el principio en sí, que no aporta nada en términos limitadores¹²⁹.

La tercera y última premisa derivada de la normativización del principio de la ofensa consiste en que la enunciación del mismo sirve para marcar límites de criminalización. Esto es, no cualquier conducta ofensiva puede ser criminalizada, de modo que la mera inmoralidad de la acción para la colectividad no justifica su incriminación. En esto coincide la versión del principio de Feinberg y versiones normativas posteriores como la de Von Hirsch¹³⁰, como también coinciden en la necesidad de interponer principios mediadores para limitar la criminalización de ofensas. Divergen, en cambio, en la intensidad e importancia de estos principios debido a la limitación intrínseca que la definición de ofensa como “actuar injusto” ya conlleva en la versión normativa de Von Hirsch y Simester. Dado que, para estos autores y frente a lo que entendía Feinberg, el que una conducta afecte a la sensibilidad de otro no la convierte en ofensiva, sino que exigen además una valoración concreta de que se ha tratado de un actuar ilícito por tratar a otro con una grave falta de consideración y de respeto, el punto del que deben partir los principios mediadores ya está en sí alejado de la propia inmoralidad¹³¹ y su efecto limitador es menos relevante. Aun así los autores proponen principios mediadores que, a su parecer, deben entenderse comunes a cualquier decisión criminalizadora y que, en realidad, no difieren mucho de los que ya propuso Feinberg, puesto que implican tener en cuenta por una parte la importancia de la conducta para el sujeto que es objeto de prohibición y para la sociedad en general y, por otra, el alcance y

¹²⁵ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 117.

¹²⁶ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 117.

¹²⁷ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, pág. 118. Pese a lo cual reconocen los autores que, desde una perspectiva liberal, la diferencia entre mera ofensa, sin daño, e inmoralidad, puede no parecer suficiente.

¹²⁸ STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.*, págs. 1 y ss.

¹²⁹ STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.*, págs. 13 y ss.

¹³⁰ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.* También ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, pág. 22

¹³¹ SIMESTER, A. P / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, págs. 123 y 124.

la gravedad de la afrenta causada a otros¹³². En concreto Simester y Von Hirsch entienden que hay algunas consideraciones relevantes que tienen que tenerse en cuenta antes de criminalizar una ofensa y que podrían operar como contrapesos de tal criminalización. La primera se refiere a la tolerancia social, y a la necesidad de, “si queremos tomarnos en serio la idea de una sociedad plural”, no prohibir conductas por el hecho de no ser convencionales, de resultar no respetuosa o desconsideradas hacia los demás¹³³; en segundo lugar, Von Hirsch y Simester proponen restringir la criminalización a aquellos comportamientos ofensivos en espacios públicos con los que no resulta fácil evitar la confrontación¹³⁴; en tercer lugar, la conducta ofensiva debe serlo de forma inmediata y próxima, en el sentido de que para que sea criminalizada una conducta debe ser ofensiva por sí misma y no porque el agente o un tercero participen en ella haciéndola ofensiva; por último, y como respuesta a las críticas de Hörnle¹³⁵, Simester y Von Hirsch quieren enfatizar la importancia de la esfera pública en la criminalización de las ofensas, en el sentido de que esta deberá ocuparse principalmente “aunque no de forma exclusiva” de aquellas conductas perpetradas en lugares públicos y no de las realizadas en el ámbito privado donde la intervención del Estado siempre debe tender a disminuir¹³⁶.

2.3. Valoraciones críticas al “principio de la ofensa” desde el DPA

Aunque la enunciación del principio de la ofensa conlleva una expansión de las opciones de criminalización que tiene el legislador, en comparación con las que derivarían de un supuesto entendimiento del “*harm principle*” como condición mínima para la regulación penal, debe destacarse que con aquél Feinberg, y luego Von Hirsch y Simester, no pretenden aumentar sino limitar el margen de los gobiernos para la utilización del Derecho penal. Feinberg entiende que para rechazar el moralismo legal, esto es, la consideración de que la mera inmoralidad de la conducta a los ojos de la mayoría en el poder puede ser suficiente razón moral para su criminalización, conviene fortalecer el principio del daño con otro principio que explique que el legislador puede castigar conductas aun no siendo dañosas pero sólo bajo determinadas condiciones¹³⁷. Algo similar les sucede a Von Hirsch y

¹³² SIMESTER, A. P. / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, ob. cit., pág. 125. Como se recordará esta misma contraposición entre “*weighting factors*”, con mucho mayor desarrollo y concreción, es la propuesta por FEINBERG en su obra. FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, ob. cit., págs. 25 y ss.

¹³³ SIMESTER, A. P. / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, ob. cit., pág. 126. Así, con respecto a los insultos, señalan los autores que sólo las formas graves de insultos como los que tienen referencias de desprecio hacia grupos minoritarios, deberían ser candidatas a la criminalización.

¹³⁴ Fácilmente en el sentido siguiente: “sin que se vean indebidamente restringidas las opciones de que dispone el sujeto”. SIMESTER, A. P. / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, ob. cit., págs. 128 y ss. Derivación de “*the reasonable avoidability standard*” de FEINBERG, FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, ob. cit., pág. 32.

¹³⁵ HÖRNLE, T.: “*Legal Regulation...*”, ob. cit.

¹³⁶ SIMESTER, A. P. / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, ob. cit., págs. 133 y ss.

¹³⁷ FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, ob. cit., pág. 11; y en FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, ob. cit.

Simester, quienes pese a reconocer los supuestos riesgos de la enunciación del principio de la ofensa acaban defendiendo el mismo en una versión no tan distinta como ellos pretenden transmitir. Con ello, sin embargo, y esto tanto Feinberg como Von Hirsch y Simester seguramente lo hubieran imaginado, en vez de obtener un consenso se aseguraron dos tipos de críticas de diferente naturaleza entre sí: por una parte las de quienes sí defendien un principio del daño en sentido fuerte que dejara fuera de lo criminalizable las conductas no lesivas aun resultando ofensivas, por otra, la de quienes entendien que el legislador no está limitado para la criminalización de unas u otras conductas ni por la lesividad de éstas ni por su potencial carácter ofensivo.

A ellas habría que sumar una tercera modalidad, las críticas que se centran no tanto en las consecuencias del principio de la ofensa como en la argumentación llevada a cabo para justificar el mismo. De este tipo es la crítica de Larry Alexander quien, sin decidirse expresamente sobre si debiera mantenerse un principio del daño como condición mínima de criminalización o un principio de la ofensa aun en un sentido limitado, señala que la enunciación de tal principio apenas se diferencia del moralismo legal. Concretamente afirma que el único punto de diferenciación estriba en la criminalización (no aceptable por Feinberg) de las conductas inmorales realizadas en privado, respecto a las cuales, señala Alexander que tampoco serían aceptadas como criminalizables por el moralismo legal por otros motivos¹³⁸. Por todo ello entiende el autor, en el análisis a mi parecer más interesante y acertado de los que se han realizado sobre la obra de Feinberg, que éste tiene tan sólo dos opciones: o bien aceptar que pueden ser criminalizadas las conductas que, conforme a las convicciones mayoritarias de una sociedad en concreto, son inmorales y, así, abrazar el moralismo legal, o bien mantener el principio liberal considerando criminalizables exclusivamente por medio del principio de la ofensa sólo aquellas molestias o atentados a la sensibilidad que, fuera de lo que marquen las normas concretas de una sociedad, y para todos y cada uno de los pueblos, resultarían ofensivos¹³⁹. No sé si Feinberg sería de este parecer. Algo similar opina Stanton-Ife, para quien, como hemos visto, la obligada normativización del principio de la ofensa vacía de contenido su propio significado y convierte su funcionamiento en circular y no muy distinto del moralismo legal¹⁴⁰: no cualquier conducta inmoral puede ser criminalizada sino sólo aquello que daña u ofende, y daña u ofende si es un agravio para lo cual hay que analizar si es un injusto moral, y vuelta a empezar.

Aquello que más me interesa, sin embargo, de las críticas al principio de la ofensa, no estriba en si la argumentación de Feinberg, Von Hirsch y Simester es o

¹³⁸ ALEXANDER, L.: "The Legal Enforcement...", *ob. cit.*, pág. 136.

¹³⁹ ALEXANDER, L.: "The Legal Enforcement...", *ob. cit.*, pág. 137.

¹⁴⁰ STANTON-IFE, J.: "What is the Harm Principle...", *ob. cit.*, págs. 12 y ss.

no adecuada, en si es o no coherente y en si es o no la mejor construida filosóficamente, como el que ellas permitan descubrir posiciones que, en las consecuencias de qué se puede criminalizar y qué no, se diferencien de las que derivan de la defensa del citado principio. De lo que se trata, en realidad, es de ver si es cierto aquello que afirma Stanton-Ife en relación con la defensa del “*harm*” y el “*offense principle*” de Von Hirsch y Simester: “Podría ser que las dos tradiciones de pensamiento acerca de la legitimidad de la criminalización, basadas respectivamente en el principio del Daño y el Moralismo legal, estén gradualmente comenzando a converger en una sola”¹⁴¹. Para ver si eso es así, o no, me centraré a continuación en los otros tipos de críticas que provienen, precisamente, de quienes han intentado defender un sentido fuerte del *harm principle*, por una parte, y por parte del moralismo legal, por otra.

2.3.1. Desde la defensa del “harm principle” como único principio de criminalización (y posiciones restrictivas similares)

La premisa fundamental del principio de la ofensa de que cabe una excepción al principio del daño de modo que es posible incriminar acciones no lesivas de intereses pero sí injustas y constitutivas de una falta de respeto o desconsideración grave, se mantiene por la mayor parte de la dogmática anglosajona reciente aunque más de forma tácita que expresa. No son muchos los autores posteriores a Feinberg, aparte de Von Hirsch y Simester en su propuesta normativizadora analizada, que hayan afirmado expresamente que es acertada la criminalización de las ofensas tal y como proponen estos autores y con tales u otras condiciones. Pero son menos los que expresamente han afirmado que las ofensas no deben ser criminalizadas o que el principio de la ofensa no es aceptable en tal sentido, y muchos más los que no se pronuncian expresamente en una suerte de silencio positivo: se sigue utilizando el paradigma del daño, pero se niega tácitamente su sentido de condición mínima de la criminalización al mirar hacia otro lado ante la certeza de que muchas de las infracciones penales de los distintos textos legislativos no entran dentro de tal paradigma¹⁴².

Sí hay algunos autores, en todo caso, que han criticado el “principio de la ofensa” y que han defendido la idea del daño como condición mínima, y exclusiva, de criminalización. Sin embargo, y como se verá, algunas de estas críticas se centran en negar, como también hace Feinberg y otros, la criminalización general de las ofensas, y en argumentar que las conductas ofensivas criminalizables (conforme al esquema de Von Hirsch o Feinberg) son, en realidad, daños, de modo que la

¹⁴¹ STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.*, pág. 14.

¹⁴² Llama particularmente la atención el no pronunciamiento de HUSAK cuando él mismo se cuestiona si se daña a las personas cuando se las ofende seriamente. HUSAK no responde y se limita a señalar, creo que con acierto, que las posiciones de FEINBERG tienen gran capacidad para reducir la sobrecriminalización. HUSAK, D.: *Overcriminalization: ...*, *ob. cit.*, págs. 71 y 72.

discusión estribaría más en la conceptualización de la razón de la criminalización que en las consecuencias prácticas de qué puede entrar dentro del ámbito del Derecho penal y qué no. Veamos, en todo caso, en qué medida esto es así.

Uno de los autores a los que la doctrina del DPA se refiere usualmente como defensor del principio del daño en el sentido de “condición mínima para la criminalización” es Joseph Raz, a partir de su teoría moral de tintes “aristotélicos” en la que la autonomía personal desempeña el papel fundamentador y limitador de la intervención penal¹⁴³. En efecto, para Raz se puede justificar la restricción de la autonomía de una persona por el bien de la mayor autonomía de los demás y, por tanto, para evitar daños, dado que esos interfieren con la autonomía, pero nunca se puede aceptar “la coacción estatal por otros motivos” por repugnantes o indeseables que estos resulten¹⁴⁴. De hecho, y frente a lo que otros defensores del *harm principle* como el propio Mill, Hart o Feinberg, habían señalado, Raz parece negar expresamente “la extensión del principio del daño más allá de su propio ámbito para legitimar el uso de coerción para prevenir ofensas”¹⁴⁵. Hay que hacer, sin embargo, dos matizaciones relevantes referidas ambas a la apertura de las puertas a la criminalización de conductas ofensivas. La primera la expresa el propio Raz de forma clara cuando señala que “la coerción podría usarse para prevenir casos extremos que ofendan o hieran severamente los sentimientos de otros de modo tal que interfieran o disminuyan las habilidades de la persona para llevar una vida autónoma en la comunidad”¹⁴⁶. Eso sí, señala Raz, la ofensa, como tal, debería ser frenada y controlada por otros medios que no conlleven una invasión de la libertad, en referencia indirecta a la pena privativa de libertad. La segunda no es tan precisa, pero parece abrir aún más la posibilidad de la criminalización de conductas ofensivas tal y como, también, han entendido otros autores como Dripps o Stanton-Ife¹⁴⁷, y se deriva de los propios presupuestos y planteamientos de Raz. Al fin y al cabo, y esto lo reconoce expresamente el autor, Raz no sostiene el mismo concepto de daño que Mill ni tiene el principio el mismo objetivo. Para Raz el principio del daño no es un freno a la búsqueda de objetivos morales por el Estado, sino más bien una indicación de la manera correcta en que el Estado podría promover el bienestar de las personas¹⁴⁸. Y son muchas las condiciones, desde luego no sólo individuales, también colectivas, que conforman el bienestar de la persona y que pueden, por tanto, resultar dañadas en cuanto que la persona vea limitadas sus posibilidades en relación con las mismas¹⁴⁹. Esto es lo que lleva a Alexander a afirmar que son sólo tenues las diferencias de la posición de Raz con las del

¹⁴³ RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, págs. 369 y ss.

¹⁴⁴ RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, pág. 418.

¹⁴⁵ RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, pág. 421.

¹⁴⁶ RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, pág. 421.

¹⁴⁷ STANTON-IFE, J.: “What is the Harm Principle...”, *ob. cit.*

¹⁴⁸ RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, pág. 420.

¹⁴⁹ RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, pág. 413.

moralismo legal¹⁵⁰, lo cual también lo confirma, sintiéndose inspirado por los presupuestos de Raz, el propio Michael S. Moore¹⁵¹. Esto, a mi parecer, se ve claramente confirmado por el propio Raz al afirmar que algunas de las razones que se utilizan para justificar la prevención de las ofensas pueden abordarse de modo distinto por medio de la doctrina de la autonomía personal: “las condiciones de la autonomía personal incluyen también la existencia de una cultura pública que mantiene y fomenta el cultivo de ciertos gustos y la realización de determinadas actividades. Una cultura pública que inculca el respeto por el medio ambiente y por su transformación a manos de las generaciones pasadas, y que cultiva el diseño agradable y el buen gusto en el paisajismo y la planificación urbana, y que no requiriéndose de forma positiva como condición de la autonomía, es coherente con ella. La autonomía requiere de una cultura pública y es consistente con el buen gusto, y no con un entorno vulgar y ofensivo”¹⁵². No parece contradictorio con este planteamiento afirmar que una conducta, independientemente de lo ofensiva que sea conforme a otros parámetros, como mostrar símbolos racistas en público, la realización de actos sexuales en lugares públicos o la expresión de proclamas racistas y discriminatorias contra un determinado grupo de la comunidad, pondría en peligro la autonomía personal de muchas personas y, en ese sentido, resultaría dañoso y, por tanto, criminalizable.

Y es que, como se ha dicho anteriormente, una de las críticas más recurrentes al principio de la ofensa es la de quienes consideran que el principio del daño ya “da cobertura” a las conductas ofensivas susceptibles de ser criminalizadas. En ese sentido se han manifestado autores como Thompson, Petersen, o Roberts, que, con matices, no ponen tanto en duda la criminalización de las conductas que Feinberg o Von Hirsch califican como ofensas sino, más bien, que estas no constituyan ya “daños”. Así dice Thompson no comprender, refiriéndose al famoso viaje en autobús con el que Feinberg ejemplifica las conductas ofensivas, “por qué Feinberg supone que esos actos no causan daño en el sentido relevante para el principio del daño: ¿No tenemos todos nosotros un interés en la tranquilidad? ¿En la paz de la mente? ¿No provocan tales conductas un retroceso en tales intereses? Y, ¿no constituyen acciones indefendibles y violaciones de derechos de otros?”¹⁵³. Para estos autores el problema es que el principio de la ofensa no permite separar las

¹⁵⁰ ALEXANDER, L.: “The Legal Enforcement...”, *ob. cit.*, págs. 135 y 136.

¹⁵¹ MOORE, M. S. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1997.

¹⁵² RAZ, J.: *The morality of....*, *ob. cit.*, págs. 421 y 422.

¹⁵³ THOMPSON, J. J.: “Feinberg on Harm, Offense, and the Criminal Law: A Review Essay”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 4, 1986, pág. 386. Discute, de hecho que con el propio concepto de daño que da FEINBERG tales conductas no puedan resultar un daño, dado que, dice THOMPSON, FEINBERG no ha identificado previamente el daño como la causación de un daño en el tiempo sino como la afectación de un interés. THOMPSON, J. J.: “Feinberg on Harm, ...”, *ob. cit.*, pág. 386.

conductas dañosas de las ofensivas de forma clara¹⁵⁴, y temen que con ello se esté ampliando el ámbito de lo criminalizable. Por ello defienden la idea de un “*harmful offence principle*” que restringiría la criminalización a aquellas conductas ofensivas que pudieran considerarse efectivamente dañosas o lesivas de intereses dignos de tutela.

Bajo la defensa, por tanto, de un nuevo “principio de la ofensa lesiva” lo que encontramos es una concepción amplificadora del ámbito del “*harm principle*” que da cabida a la criminalización de conductas que, para Feinberg o Von Hirsch, resultarían simplemente ofensivas. Con esto, por tanto, se estaría llegando al mismo lugar por otro camino: se mantiene el principio liberal de que sólo se puede criminalizar aquello que daña a otros, pero se ensancha la idea de daño dando cabida a conductas que, para otros, no son lesivas. Aunque también se puede ver al revés: es Feinberg quien ha excluido de la idea de daño comportamientos que sí resultan lesivos¹⁵⁵, aunque en todo caso el resultado sería idéntico en cuanto a lo que es criminalizable y lo que no. Sí tratan de añadir los autores que defienden el “*harmful offence principle*” un corolario restrictivo criminalizador a esta posición: no todo lo que ofende hiere o daña, por lo que sólo lo que efectivamente es un daño puede ser criminalizable, quedando fuera, así conductas que no hieren la sensibilidad de las personas de una forma tal que pueda decirse que las dañan. Pero con esto, en realidad, tampoco están avanzando nada en el camino, dado que quienes defienden el principio de la ofensa no afirman que toda conducta ofensiva debe ser criminalizada sino que establecen, como hemos visto, unos principios mediadores que reducen significativamente las ofensas criminalizables coincidiendo éstas, probablemente, con las de los autores que defienden un concepto amplio de daño. De hecho quienes defienden el principio de la ofensa recalcan que el auténtico riesgo consiste en que, para aceptar en su seno conductas que realmente no causan un daño a otros, se acaben estirando tanto los límites del “*harm principle*” que se acabe por desvirtuar el mismo¹⁵⁶. El punto de coincidencia no sólo es, pues, que pueden criminalizarse algunas conductas que no entrarían en puridad en el parámetro de la lesividad a otros, sino también que ello debe ser excepcional.

¹⁵⁴ Así PETERSEN, T. S.: “No Offense!...”, *ob. cit.*, págs. 1 y ss., quien señala que mientras no exista una lista objetiva de los intereses relacionados con el bienestar que puedan ser ofendidos, no es defendible el principio de la ofensa. El planteamiento crítico con FEINBERG y VON HIRSCH del autor danés en su artículo sólo puede calificarse como descabellado e incoherente. Lo primero por lo que supone afirmar que es posible, y necesaria, una lista de bienes o intereses dignos de tutela que sea general y absoluta y que determine la criminalización. Lo segundo porque conforme a tal argumento el principio del daño, que él defiende como único paradigma desde el que enjuiciar moralmente la criminalización, tampoco sería sostenible.

¹⁵⁵ THOMPSON, J. J.: “Feinberg on Harm, ...”, *ob. cit.*

¹⁵⁶ Así SIMESTER, A. P. / VON HIRSCH, A.: *Crimes, Harms...*, *ob. cit.*, págs. 117 y ss.; o DUFF y MARSHALL, para quienes mantener la excepción del principio de la ofensa puede resultar mejor que no hacerlo dado que, según los autores, si se defendiera exclusivamente la vigencia del principio del daño se acabaría afirmando que conductas meramente ofensivas son lesivas cuando, efectivamente, no lo son.

Como señala Roberts la presunción general debe ser en contra de la criminalización de conductas que no dañan a otros o, cuanto menos, que para hacerlo será necesario deliberar con cuidado y asegurar una adecuada valoración de los pros y los contras de tal criminalización, no como sucede con la penalización de conductas que causan daño¹⁵⁷. La cuestión entonces es si ello se logra mejor o peor con la declaración del principio de la ofensa.

A mi parecer hay dos posiciones críticas con el principio de la ofensa que van algo más allá de las anteriores y merecen interés. La primera es la de Tatiana Hörnle¹⁵⁸, quien pese a aportar al debate una visión procedente de otra tradición jurídica como es la germana, expresa de inicio la insuficiencia del criterio del “bien jurídico protegido” para afrontar la tarea de determinar qué se puede criminalizar y qué no¹⁵⁹. Señala la autora, después de recordar cómo se trata la cuestión de conductas ofensivas similares en el sistema penal alemán bajo el paraguas de la protección del bien jurídico colectivo “paz pública”¹⁶⁰, que “el punto de partida para cualquier teoría sobre la criminalización debe ser el análisis de si la conducta conlleva algún tipo de impacto negativo sobre otra persona u otras personas”¹⁶¹ y no huir, por medio de la creación de falsos bienes jurídicos, de la discusión moral de qué intereses, y hasta qué punto, tienen que ser tutelados y frente a qué conductas¹⁶². Eso no significa, dice Hörnle, que sea suficiente para legitimar moralmente la criminalización de una conducta el que hiera los sentimientos de otros, sino que, siguiendo la estela de Von Hirsch y Simester, entiende positivo encontrar razones normativas que expliquen por qué tales ilícitos merecen ser criminalizados¹⁶³. Éstas, sin embargo, tampoco estriban, según la autora, en que la ofensa conlleve una total falta de respeto y consideración¹⁶⁴, sino en que con la misma se violen derechos reconocidos legalmente frente a otros. Así, lo relevante para que se pueda criminalizar una conducta ofensiva no es si hiera la sensibilidad o falta el respeto a otro, sino si puede afirmarse con claridad que la víctima tenía un derecho, legalmente reconocido, a no ser sometido a la misma¹⁶⁵. Y, señala Hörnle, dado que esto también puede decirse del daño, es entonces preferible abandonar la noción de

¹⁵⁷ ROBERTS, P.: “Penal Offence...”, *ob. cit.*, págs. 20 y ss.

¹⁵⁸ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, págs. 133 y ss. También en HÖRNLE, T.: “Offensive Behavior...”, *ob. cit.*, págs. 255-278; y en HÖRNLE, T.: “Rights of Others...”, *ob. cit.*; y, con mucha más profundidad, y comparando las tesis de FEINBERG con otras formas de justificar la criminalización como la de los derechos subjetivos o los bienes jurídicos protegidos, en HÖRNLE, T.: *Grob anstößiges Verhalten...*, *ob. cit.*, págs. 78 y ss.

¹⁵⁹ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, págs. 135 y 136.

¹⁶⁰ Con el cual HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 135, es muy crítica debido a la absoluta indefinición de un concepto que sirve para englobar conductas que no causan ningún tipo de lesión ni riesgo a ningún interés individual y que tampoco se puede concretar como auténtico bien jurídico colectivo.

¹⁶¹ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 136.

¹⁶² HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 137.

¹⁶³ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 138.

¹⁶⁴ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 142.

¹⁶⁵ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, págs. 144 y ss.

ofensa como un principio de criminalización separado del del daño y, frente a ellos, analizar si cada uno de los candidatos para la criminalización cumple la premisa inicial de conllevar la violación de un derecho de otros¹⁶⁶. Para diferenciar las conductas que serán sancionables de las que no, es preferible preguntar, más que por las consecuencias de la ofensa, hasta qué punto alguien tiene el derecho a ser protegido frente a esa conducta¹⁶⁷. Siendo este criterio el crucial para la criminalización, ya no resulta necesario realizar ningún tipo de esfuerzo en diferenciar entre ofensas y daños.

La primera duda que surge en relación con la posición de Hörnle es si la misma supone un avance concreto frente a otras posiciones. Al fin y al cabo, y pese a que en ocasiones la explicación que dan otros del “principio de la ofensa” desliguen el mismo de la infracción de derechos, esto no es así ni siquiera en la versión de Feinberg. Señala expresamente el autor de Detroit que, al igual que sucede con la palabra “daño”, la palabra “ofensa” tiene un sentido general y otro normativo, refiriéndose este último únicamente a aquellos estados que hayan sido causados por el agravio (infracción de derechos) en forma de conducta de otros¹⁶⁸. Sólo, pues, hay ofensa cuando hay un ilícito, y sólo hay “*wrongdoing*” cuando se infringe un derecho o una norma moral¹⁶⁹, por lo que no se avanzaría mucho con la tesis de Hörnle si la misma sirve para afirmar que sin la infracción de un derecho no hay ofensa criminalizable. Sin embargo, creo que Hörnle va algo más allá de la idea de que la conducta, para ser criminalizada, deba constituir un ilícito, en sentido genérico, en cuanto que exige que se trate de un ilícito derivado de la legalidad, más concretamente de la Constitución. Así, dice Hörnle, la obligación de no tratar de forma desconsiderada a alguien es una obligación moral de la cual no puede surgir un mandato de criminalización; la de no violar sus esferas de libertad, por el contrario, es una obligación legal que permite la criminalización de la conducta¹⁷⁰. Esto es, el acento, para la existencia de un ilícito criminalizable, debe situarse en la valoración de que existe, *prima facie*, un derecho, derivado de la propia ley positiva o del mandato constitucional, a no ser tratado de una determinada forma que es violado¹⁷¹. Lo relevante, conforme a esto, no es tanto la afectación al estado emocional de la víctima, o a los intereses que, particularmente ella, considera relevantes, como que, desde una perspectiva normativa, pueda afirmarse que, independientemente del estilo de vida individual de la persona que sea objeto de la ofensa, tenga o no derecho a sentirse afectado por la misma. Esto se producirá,

¹⁶⁶ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 145. También en HÖRNLE, T.: “Offensive Behavior...”, *ob. cit.*, págs. 268 y ss.

¹⁶⁷ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 146.

¹⁶⁸ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 2. “*It is necessary that there be a wrong, but not that the victim feel wronged*”.

¹⁶⁹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, pág. 2.

¹⁷⁰ HÖRNLE, T.: “Rights of Others...”, *ob. cit.*, pág. 183.

¹⁷¹ HÖRNLE, T.: “Legal Regulation...”, *ob. cit.*, pág. 146.

señala Hörnle, cuando haya una intrusión en las esferas de libertad que las personas pueden gestionar de acuerdo a sus propias decisiones¹⁷², aquellas “ligadas a la idea de lo que realmente significa ser una persona”¹⁷³. Hörnle, pues, no niega que algunas conductas ofensivas puedan ser criminalizadas, sino que la razón de que finalmente lo sean derive de los efectos o consecuencias de la ofensa. Por el contrario, lo que podrá criminalizarse serán aquellas conductas, lesivas u ofensivas, que violen derechos de otros. La cuestión a determinar, entonces, es si hay conductas ofensivas que conllevan tal tipo de violación. Sobre todo ello volveré en las conclusiones.

El otro aporte, el de Dennis J. Baker, merece especial interés por resultar el más crítico con el principio de la ofensa y el que con más fuerza, cuanto menos aparente, defiende volver al principio del daño como principio exclusivo de criminalización. Baker lleva a cabo una encendida defensa del *harm principle* frente a quienes señalan que está convirtiéndose más en apoyo que en restricción a la criminalización¹⁷⁴. Para hacerlo, redefine los parámetros “Feinbergianos” del principio del daño relacionando el mismo con sus efectos, y definiéndolo como la causación objetivable de consecuencias lesivas sobre los intereses por medio de un actuar injusto (y culpable), y defiende este criterio como la guía más fiable y clara para ser conceptualizada por todos como justificación de la intervención penal¹⁷⁵. El principio del daño, para Baker, sí debe construirse como un principio de criminalización excluyente de otros, en el sentido de condición única para la criminalización. Y debe configurarse, además, como un auténtico derecho constitucional a no ser criminalizado¹⁷⁶, a no ser dañado, por lo que supone la privación de la libertad y la estigmatización de la pena¹⁷⁷, excepto por conductas que dañan objetivamente a otros¹⁷⁸.

¹⁷² HÖRNLE, T.: “Rights of Others...”, *ob. cit.*, pág. 184.

¹⁷³ HÖRNLE, T.: “Rights of Others...”, *ob. cit.*, pág. 185

¹⁷⁴ BAKER, D. J.: *The Right Not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*, Ashgate Publishing, Ltd., Surrey, 2011, págs. 64 y ss. En particular, frente a la tesis de HARCOURT, B.: “The Collapse of the...”, *ob. cit.*, de que el daño ha sufrido “un colapso”, dice BAKER que son los legisladores los que nunca han llevado a cabo la distinción entre un daño objetivo y un daño no objetivo, por lo que no hay evidencias de que si se siguiera una versión objetiva del daño no se pudiera frenar la criminalización. Creo que BAKER peca de exceso de optimismo. De lo que desde luego tampoco hay evidencias es de que por sostener una versión “objetiva” de daño como requisito inexcusable de la conducta para la criminalización, el legislador vaya a someterse a ella cuando ni siquiera se ha sometido a una versión más amplia del mismo.

¹⁷⁵ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 56. Aunque no es este el lugar para discutir el aporte de Dennis BAKER, resultan de una simplicidad argumental sorprendente las razones que alega para señalar como razón única para la criminalización del *harm principle*: “no tiene sentido que recurrir a otras explicaciones filosóficas abstractas que podrían dejar a los legisladores y jueces totalmente desconcertados, cuando un concepto menos problemático como el de daño está disponible y cuando es el daño lo que está siendo criminalizado”.

¹⁷⁶ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 38.

¹⁷⁷ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 45

¹⁷⁸ Insiste BAKER en que es necesario sostener un concepto de daño en sentido objetivo, evitando que las preferencias subjetivas de las personas sean usadas como criterios para identificar el daño y determinar lo criminalizable. BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 45. Lo que sin embargo no explica BAKER es

Desde estos parámetros es obvio que el principio de la ofensa no tiene cabida en el sistema de criminalización de Baker. Para el autor la idea de ofensa es un concepto vacío que no proporciona a los legisladores ningún tipo de justificación objetiva suficiente para la criminalización de injustos¹⁷⁹. Ofender a los demás, dice Baker, no proporciona una justificación basada en principios de criminalización, por lo que niega el principio de la ofensa como un principio que restrinja lo criminalizable: “la conducta sólo puede ser tipificada como delito cuando es injusta y tiene consecuencias objetivas negativas de una naturaleza tal que resulte merecedora de censura penal, y la ofensa a los demás no supera este test”. Eso sí, Baker muestra una pequeña fisura en su, aparentemente, infranqueable muro para la criminalización, que es el daño: hay otras justificaciones, diferentes a las del carácter ofensivo de la conducta, para criminalizar injustos no lesivos, como las afrentas sufridas por el exhibicionismo sexual o por otras violaciones contra la privacidad, como son el que las mismas pueden conllevar consecuencias negativas a quienes las sufran que resulten suficientes para anular el derecho del exhibicionista a no ser criminalizado¹⁸⁰. Ahora bien, dice Baker, las consecuencias no deseadas derivadas de conductas de este tipo son de una naturaleza tan trivial que debieran ser sancionadas en todo caso con multas en vez de con penas privativas de libertad¹⁸¹. Y aquí está, a mi parecer, el más interesante aporte del autor inglés. A partir de su idea de que las personas tienen un derecho constitucional a no ser sometidas a penas de prisión dado que estas lesionan sus intereses (“incluso un día en la cárcel es perjudicial”, dice Baker), y que dicho derecho sólo se puede ver negado porque sus acciones hayan causado (o arriesgado) un nivel proporcional de daño a otros, no habrá justificación moral para privar de libertad a una persona sin daño, pero sí para criminalizar la conducta con una sanción diferente¹⁸². El daño a los demás es la única buena razón para privar a una persona de su libertad por medio de cárcel, lo cual, afirma Baker, “deja al Estado con amplia discreción para promulgar una amplia gama de otras infracciones reglamentarias, independientemente del daño, pero le impide el uso de penas de cárcel para hacer cumplir estas *offenses*”¹⁸³.

Una vez más se termina por aceptar la posibilidad de criminalizar las conductas ofensivas aunque, en este caso, y siguiendo la idea que ya había apuntado aunque no con tanta contundencia Feinberg, se propone no castigar las mismas con

cómo se diferencia el daño objetivable, real, frente al subjetivo, tampoco como cuadra ello, aunque dedique un apartado posteriormente a ello, con los delitos de peligro en el sistema anglosajón (*remote harm*) o con su defensa del daño a los animales como auténtico y objetivable daño que justifica la criminalización. BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, págs. 56 y ss.

¹⁷⁹ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 8.

¹⁸⁰ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, págs. 8 y 230 y ss.

¹⁸¹ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 232.

¹⁸² BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, págs. 8 y 31.

¹⁸³ BAKER, D. J.: *The Right not to...*, *ob. cit.*, pág. 31.

sanciones privativas de libertad sino con multas. El desacuerdo, en todo caso, estribaría en la sanción aplicable. En lo que no se avanza nada, con posiciones como la de Baker, desde luego, es en la definición de qué consecuencias se pueden considerar dañosas y cuáles no en relación con qué comportamientos y, con ello, en qué conductas pueden ser criminalizadas por dañosas y cuáles no o, a lo máximo, sancionadas con multas.

2.3.2. Desde -las distintas modalidades del- moralismo legal

Como ha señalado Hörnle, hoy es posible identificar una corriente filosófica etiquetable dentro del término “moralismo legal”¹⁸⁴ en la que se enmarcarían autores como Moore¹⁸⁵, Duff¹⁸⁶ y George, entre otros¹⁸⁷, y que coincidirían en que el elemento esencial de la conducta que legitima su criminalización no es el “*harm*” sino el “*wrong*”¹⁸⁸, el carácter inmoral o injusto del agravio perpetrado por el sujeto. Divergen, luego, estas posiciones que conformarían el también denominado “Positive Legal Moralism”¹⁸⁹, en los matices, algunos de gran calado, especialmente al considerar unos autores que “la inmoralidad de la conducta es siempre una razón legítima para prohibirla por medio del Derecho penal”¹⁹⁰, y otros que el actuar injusto (inmoral) que resulte además público es el que legitima tal prohibición, pero no el agravio cometido en el ámbito privado¹⁹¹. Pero coinciden, desde

¹⁸⁴ HÖRNLE, T.: “Theories of Criminalization...”, *ob. cit.*, pág. 692.

¹⁸⁵ MOORE, M. S. *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 750 y ss.

¹⁸⁶ En DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, págs. 140 y ss., y también en DUFF, R.A.: “Harms and wrongs...”, *ob. cit.*, pág. 17.

¹⁸⁷ En este sentido también KEKES, J.: “The enforcement of morality”, en *American Philosophical Quarterly*, núm. 37, 2000; y WALL, S.: “Enforcing Morality”, en *Crim Law and Philosophy*, 2013, núm. 7, págs. 455 y ss., en un trabajo reciente en el que aporta un interesante análisis de las críticas al moralismo legal y en el que construye las bases de una concepción filosófica-penal basada en la moral crítica y no en la moral pública.

¹⁸⁸ Al fin y al cabo si, como señala STEWART, H.: “Harms, Wrongs, and Set-backs in Feinberg’s Moral Limits of the Criminal Law”, en *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 47, 2001-2002, pág. 47, pueden dividirse las justificaciones políticas y morales para la criminalización de una conducta, al menos de un modo tosco, entre las que buscan disuadir la conducta lesiva y las que se centran en castigar el actuar injusto o inmoral, desde luego en estas últimas encontraríamos a los autores indicados.

¹⁸⁹ DUFF diferencia entre un Negative Legal Moralism y un Positive Legal Moralism, siendo el primero el que considera que la realización de un “actuar injusto” es una condición necesaria pero no una razón a favor de la criminalización, (tal y como por ejemplo entiende FEINBERG, J.: *Harm to Others...*, *ob. cit.*, págs. 33 y ss.) y el segundo, el que considera que la inmoralidad de la conducta, mostrada a través de un actuar injusto, es una razón para la criminalización. DUFF, R. A.: “Towards a Modest Legal Moralism”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2013, pág. 1. Añade DUFF que no tiene por qué ser una razón concluyente dado que pueden haber otras razones de peso que la contrarresten, pero sí una buena razón para ello. DUFF, R. A.: “Towards a Modest ...”, *ob. cit.*, pág. 1.

¹⁹⁰ MOORE, M. S. *Placing Blame...*, *ob. cit.*, págs. 67 y ss.

¹⁹¹ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, págs. 140 y ss. De esta divergencia es de la que DUFF basa su segunda clasificación ya dentro del “Positive Legal Moralism”, que diferencia entre moralismo legal ambicioso y modesto, situándose él en esta última corriente y a Michael MOORE en la primera. Conforme a la versión “ambiciosa” del moralismo legal, cualquier tipo de actuar moralmente injusto es, en principio, digno de ser criminalizado, si bien otras consideraciones pragmáticas o de principios, pueden llevar a la no criminalización. Por el contrario, el moralismo legal “modesto” entendería que el Derecho penal debe

luego en que el punto de partida de todos ellos con respecto a la criminalización de conductas es bien distinto al de quienes, desde el liberalismo penal, defienden la vigencia del *harm principle*. Por ello las críticas al principio de la ofensa procedentes del moralismo legal divergen, por lógica, de las anteriormente analizadas.

Quizás no sea lo más representativo del moralismo legal anglosajón moderno comenzar el análisis de las críticas de esta escuela filosófico-penal al principio de la ofensa por la posición de Lord Devlin a propósito del famoso debate sobre la criminalización de lo que, precisamente, era una “conducta considerada ofensiva para la sociedad” (la sodomía homosexual en el ámbito privado)¹⁹². Pero hacerlo así nos permitirá tanto comprender las bases del moralismo legal como su evolución posterior. Decía Devlin que si para la sociedad resultan necesarias unas convicciones morales, esa sociedad “puede utilizar la ley para preservar la moralidad en la misma forma que lo utiliza para salvaguardar cualquier otra cosa que es esencial para su existencia”¹⁹³. Eso no significa que toda idea moral se pueda proteger siempre, pero sí que: “no es posible establecer límites teóricos a la fuerza del Estado para legislar contra la inmoralidad. No es posible instalarse en excepciones anticipadas a la regla general, o definir áreas de la moral en las que a la ley en ningún caso se le permitiría entrar. La sociedad está facultada para protegerse de peligros, ya sea desde dentro o desde fuera, por medio de sus leyes”¹⁹⁴. En el argumento de Devlin encontramos, por tanto, la suma de dos ideas que, a mi parecer, conviene analizar por separado: la primera constituiría la declaración general de que no puede haber principios, como el del daño o de la ofensa, que limiten la intervención del Estado de forma general y absoluta impidiendo la criminalización de conductas que entren dentro de tales parámetros. La segunda, que sería una derivación de la anterior, es otra declaración de calado: lo que permite la criminalización de una conducta por parte del legislador es el carácter inmoral, o la condición de injusto, de la misma.

ocuparse de actuares moralmente injustos, pero no con cualquiera de ellos sino sólo con aquellos que cuenten como “públicos” y no con las conductas inmorales que se mantengan en el ámbito de lo privado. DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, pág. 4 y ss. Sobre esto, y particularmente acerca de la diferencia entre *public* y *private wrongdoings* en DUFF volveremos más adelante, pero cabe destacar ahora que para el autor escocés esta diferencia no es meramente de alcance, sino que también lo es de punto de partida en cuanto que supera (a su parecer) un moralismo legal para el cual el Derecho penal trata simplemente de retribuir el mal moral perpetrado. No es este el lugar para un completo análisis de las tesis de DUFF, pero sí puede anticiparse que dista del planteamiento, y también de las consecuencias prácticas, del moralismo legal más tradicional y estandarizado de STEPHEN o DEVLIN e, incluso, de Michael MOORE.

¹⁹² MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal y moral...”, *ob. cit.*

¹⁹³ DEVLIN, P.: *The Enforcement of...*, *ob. cit.* pág. 11.

¹⁹⁴ DEVLIN, P.: *The Enforcement of...*, *ob. cit.* págs. 12 y 13. Añade más adelante, además, a partir de la idea de que la legislación moral conlleva el conflicto entre un interés público y otro privado que hay que conciliar, que no es imposible encontrar una declaración general sobre cómo debe ponderarse este balance, pero afirma que tal tipo de declaración, por su naturaleza, difícilmente puede ser rígida o precisa, sino que es más razonable buscar, como sucede con los tribunales, decisiones *ad hoc* que tengan en consideración el contexto y que permitan circunscribir en concreto los efectos y ámbito de la ley. DEVLIN, P.: *The Enforcement of...*, *ob. cit.*, pág. 16. Sobre esto volveré más adelante.

Estos planteamientos, con matices, se mantienen hoy en día por parte de un grupo de autores que, eso sí, han modernizado la consideración de qué moral y cómo debe tomarse en consideración a la hora de definir la existencia de un “*wrongdoing*”¹⁹⁵. De hecho, la primera de las dos premisas sigue defendiéndose prácticamente por todos los autores que defienden el moralismo legal e, incluso, por otros autores que, desde otros parámetros, niegan que el legislador, en un determinado momento, no pueda legítimamente decidir sancionar una conducta contraria a un consenso moral (con unas determinadas características) independientemente de que dañe o no un concreto bien de otro¹⁹⁶. La idea, utilizando las palabras de Gerald Dworkin, es que “no existe una línea de principio de permita marcar los contornos que diferencian una conducta inmoral de una dañosa de forma tal que sólo cuando podamos invocar que estamos ante esta última pueda justificarse la criminalización”¹⁹⁷. Para el autor, y para otros como Moore, la única línea de principio, en términos de legitimidad, la marca el que el hecho resulte inmoral conforme a la convicción de la sociedad¹⁹⁸, aunque eso no tiene por qué significar que todo lo inmoral deba (aunque el estado pueda hacerlo) sancionarse penalmente, si bien las razones, en ese caso, serán de tipo político¹⁹⁹. Para analizar si una conducta debe ser criminalizada habría que analizar caso por caso los intereses (morales de la sociedad y personales de quien realiza la conducta) en conflicto, sin que quepa una línea infranqueable como el “*harm principle*” o el “*offence principle*”, y pudiendo por tanto castigarse conductas que para la sociedad resultan insoportables siempre que, haciéndolo, la perturbación social no sea mayor²⁰⁰. En

¹⁹⁵ MOORE, M.: “Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal”, en DUFF, R. A / FARMER, L. / MARSHAL, S. E. / RENZO, M. / TADROS, V.: *Criminalization. The political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pág. 199

¹⁹⁶ Así, por ejemplo, MOORE, M. S. *Placing Blame...*, *ob. cit.*

¹⁹⁷ DWORKIN, G.: “Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality”, en *William & Mary Law Review*, Volume 40, Issue 3, Article 11, pág. 928. En el mismo sentido en DWORKIN, G.: “The Limits of the Criminal Law”, en DEIGH, J. / DOLINKO, D.: *The Oxford Handbook of philosophy of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, págs. 3 y ss.

¹⁹⁸ MOORE, M.: “Liberty’s Constraints...”, *ob. cit.*, págs. 197 y ss.

¹⁹⁹ DWORKIN, G.: “Devlin Was Right...”, *ob. cit.*, pág. 945. Así, dice DWORKIN que podemos considerar que, siendo legítimo sancionar la negación del holocausto, deberíamos dar prioridad a la autonomía personal o que la concesión de excesivos poderes de interferencia al Estado es demasiado peligroso. Pero esos, en todo caso, son argumentos políticos. El Estado, si sostiene los contrarios, puede legítimamente intervenir penalmente para castigar esas conductas. Reflexiones similares ha llevado a cabo recientemente SCOCCIA, D.: “In Defense of “Pure” Legal Moralism.”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013; que contrapone al “Negative Legal Moralism”, argumentando que resulta necesario contraponer caso por caso la relevancia de la conducta prohibida con el valor social afectado dañe o no dañe un interés individual. Ejemplifica sus argumentos SCOCCIA en relación con la profanación de cadáveres, señalando que con tal criminalización la sociedad afirma públicamente el compromiso que tiene con el valor (o virtud moral) del respeto a la vida humana antes y después de su final hasta el punto de que supera el coste que puede suponer a efectos de libertad la criminalización de profanaciones de cadáveres. SCOCCIA, D.: “In Defense of...”, *ob. cit.*, pág. 20. Las posiciones liberales más puras, sin embargo, se resisten a aceptar las bases del moralismo legal.

²⁰⁰ Véase en tal sentido, HUGHES, G.: “Morals and the Criminal Law”, en *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1962, págs. 662 y ss., quien, sin embargo, y como se ha dicho, se opone claramente a los argumentos de

sentido similar Murphy, desde posiciones retribucionistas, pone en duda que, una vez que el Estado reconoce una preocupación como legítima, se vea obligado a aceptar las limitaciones a sus poderes impuestas por el principio del daño. Añade, además, dos reflexiones de interés: la primera que en un tema tan complejo como la determinación del campo de aplicación de la ley penal “es irracional esperar que el principio del daño, o cualquier otro “principio simple”, nos permitirá trazar una línea clara entre lo que es y lo que no es materia de intervención estatal”; la segunda, en la línea de lo que señalaba Gerald Dworkin, que el Estado “puede aceptar el principio del daño como una cuestión de prudencia o por consideraciones utilitarias”, pero actuaría legítimamente si no lo hiciera²⁰¹.

El “*offence principle*”, como hemos visto, conlleva una ampliación de lo criminalizable con respecto al “*harm principle*”, pero también una restricción de lo que puede constituir infracción penal en cuanto que limita la criminalización de determinadas ofensas y sólo en cuanto que atenten a la sensibilidad de las personas de forma grave (Feinberg) o conlleven una grave forma de desconsideración (Simester y Von Hirsch). Y en eso es en lo que el principio de la ofensa topa, cuanto menos aparentemente, con los postulados del moralismo legal. Desde las bases del moralismo legal expresadas se niega el principio de la ofensa en su condición de “exigencia mínima (alternativa con la del daño) para la criminalización”: no es el hecho de que la conducta hiera la sensibilidad de otros, sino el que constituya un ilícito, lo que hace que, sea lesiva o no, pueda resultar criminalizada²⁰². Al fin y al cabo, señala Duff, no es suficiente razón para la criminalización de una conducta el que cause una inconveniencia o contrariedad en otro, pero sí puede serlo el que la misma constituya un actuar moralmente injusto²⁰³. La condición mínima para la criminalización es el “*wrongdoing*”, no el “*harm*” o el “*offence*”²⁰⁴.

Ahora bien: ¿cuáles son las consecuencias prácticas de esta divergencia? Teniendo en cuenta que el principio de la ofensa no parte exclusivamente de la falta de consideración o de la afectación a la sensibilidad sino que exige, además, que la conducta constituya un actuar injusto, la respuesta debiera ser que el moralismo legal ampliaría el ámbito de criminalización que, por otra parte, ya había ampliado con respecto al principio del daño en el sentido “Milliano” el “*offence principle*”. Para el moralismo legal sería posible sancionar penalmente todos aquellos

DEVLIN en concreto por resultar “irracionales”.

²⁰¹ MURPHY, J. G.: “Legal moralism and retribution revisited.”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 1, núm. 1, 2007. Eso no significa que MURPHY, al igual que tampoco Gerald DWORKIN, acepten los argumentos de DEVLIN de criminalización de la homosexualidad, pero no a partir de que no se puede proteger una conducta inmoral, sino desde la premisa inicial de que un Estado Democrático no puede afirmar que tal tipo de conducta es efectivamente inmoral. MURPHY, J. G.: “Moral Reasons and the Limitation of Liberty”, en *William and Mary Law Review*, vol. 40, 1998.

²⁰² MOORE, M.: “Liberty’s Constraints...”, *ob. cit.*, págs. 199 y ss.

²⁰³ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, pág. 134. Aunque, como veremos, DUFF añade a ello que la conducta sea un “*public wrong*”, esto es, un actuar moralmente injusto de carácter público.

²⁰⁴ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*; y MOORE, M. S. *Placing Blame...*, *ob. cit.*

comportamientos que, sean ofensivos o no y lesivos o no, constituyan un “*wrongdoing*”, esto es, resulten ilícitos aun en sentido moral. Conforme a ello, y siguiendo la conocida diferenciación de Feinberg, el moralismo legal sí podría defender como moral la criminalización, por parte del estado, de aquellas conductas inmorales que no causan un agravio (“*non-grievance evils*”), particularmente las que no están relacionadas ni siquiera indirectamente con el interés de otro (“*free-floating evils*”)²⁰⁵, tales como “inmoralidades convencionales discretas y no lesivas”, la “práctica de tabúes religiosos”, la “corrupción moral de otros”, los “pensamientos malignos o impuros” o conductas como “aplastar un animal pequeño” o “producir la extinción de una especie animal o vegetal”²⁰⁶. Sin embargo, y dejando de lado específicamente esta categoría de “males” sobre los que el moralismo legal se ha pronunciado expresamente para poner en duda que sean criminalizables²⁰⁷, hay que hacer dos precisiones importantes referidas a las consecuencias prácticas, en términos de efectivamente qué se puede criminalizar y qué no, de sostener una y otra posición. La primera de ellas es que si bien este tipo de “*wrongdoings*” quedarían fuera del principio de la ofensa eso no significa, conforme a la posición liberal defendida por Feinberg, que en determinadas condiciones y en casos muy concretos no puedan ser criminalizados tales “males”. Señala el autor que el hecho de que constituyan “un mal” constituye, ya, una razón, “*of at least some weight*”, para la criminalización de las mismas²⁰⁸, aunque insiste en varias ocasiones que nunca serán buenas razones y, probablemente nunca, razones decisivas, para ello²⁰⁹. La segunda precisión es que no está nada claro que el moralismo legal lleve sus planteamientos hasta el punto de defender efectivamente la criminalización de conductas que ni siquiera resulten ofensivas. Que afirme que el legislador no está sometido al principio de la ofensa, como tampoco al del daño, sino únicamente al principio del “*wrongdoing*”, no significa que acabe sosteniendo que ello sea razón suficiente, o definitiva, para criminalizar conductas que ni siquiera resultan ofensivas. Por lo menos no se puede decir esto de todas las posiciones dentro del moralismo legal y es discutible que de ninguna de las modernas.

En efecto, y comenzando por la posición de Duff, que el mismo denomina de legalismo moral moderado, entiende el autor que no todo actuar inmoral es criminalizable, pero sí los “injustos públicos”²¹⁰. Para Duff la idea de “injusto público” se tiene que interpretar no como un injusto que lesiona al público o que se perpetra fuera del ámbito privado, sino como un actuar inmoral que concierne propiamente a lo público²¹¹, que nos concierne a todos, que afecta no sólo a los

²⁰⁵ FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, ob. cit., pág. 17

²⁰⁶ FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, ob. cit., págs. 20 y ss.

²⁰⁷ Así, DUFF, R.A.: “Harms and wrongs...”, ob. cit., pág. 16

²⁰⁸ FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, ob. cit., pág. 25.

²⁰⁹ FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, ob. cit., pág. 323.

²¹⁰ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, ob. cit., págs. 140 y ss.

²¹¹ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, ob. cit., pág. 141.

intereses de alguien sino a la propia política social²¹². Así algunos “injustos”, incluso cometidos en privado y que no tienen un impacto material externo, como la violencia doméstica, no dejan de ser públicos por perpetrarse en la privacidad del hogar²¹³. Por el contrario, otros injustos cometidos en público no dejan de pertenecer al ámbito de lo privado por no tener una relevancia más que para los implicados en él²¹⁴. El Derecho penal, según Marshall y Duff²¹⁵, a lo que se suma también desde su propia teoría de la criminalización Douglas Husak, sólo puede ocuparse de aquellas conductas que, independientemente del daño u ofensa que causen, tengan una dimensión pública y no de los injustos cuya repercusión sea exclusivamente privada²¹⁶. La división es relevante porque, intencionalmente o no, acerca significativamente las consecuencias del parecer de este legalismo penal moderado a las derivadas del principio de la ofensa: aquello que criticaba Feinberg del moralismo legal era, precisamente, que conllevaba finalmente la criminalización de actos que, pudiendo herir la sensibilidad de otros por el mero hecho de saber que son realizados, no debían criminalizarse al afectar al ámbito de lo privado y no tener una repercusión pública²¹⁷. Además, en otro trabajo específicamente dedicado al *offence principle*, Duff y Marshall restringen aún más, desde sus parámetros de legalismo moral, la posibilidad de criminalización de las ofensas. Los autores, a partir de una interesante clasificación de ofensas mediatas o inmediatas, intencio-

²¹² DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, pág. 141. Aun más claro en MARSHALL, S. E. / DUFF, R. A.: "Criminalization and Sharing Wrongs", en *Can JL and Jurisprudence*, vol. 11, 1998, págs. 1 y ss., donde argumentan la idea del “injusto compartido”, en el sentido de que el injusto público es aquél que afecta tanto a la persona individual que lo sufre como a “la sociedad por haberlo sufrido un miembro de nuestra comunidad cuya identidad y cuyo interés fundamentan el propio de la comunidad”. MARSHALL, S. E. / DUFF, R. A.: "Criminalization and Sharing ...", *ob. cit.*, pág. 8.

²¹³ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, pág. 141.

²¹⁴ DUFF, R. A.: *Answering for Crime...*, *ob. cit.*, pág. 141.

²¹⁵ MARSHALL, S. E. / DUFF, R. A.: "Criminalization and Sharing ...", *ob. cit.*, págs. 1 y ss. En esta línea también se sitúa HUSAK.

²¹⁶ En efecto uno de los “límites externos” que propone en su teoría HUSAK a la criminalización estriba en el carácter “de interés público” que debe tener la acción ilícita. Que sea el Estado el que imponga la pena en su propio nombre. Las conductas criminales deben ser entendidas como delitos públicos en el sentido de que es apropiado que sean de interés público. Por ello acciones moralmente injustas privadas no son candidatas para ser criminalizadas. HUSAK, D.: *Overcriminalization:...*, *ob. cit.*, págs. 134 y 135. Además ofrece HUSAK una interesante argumentación para diferenciar entre los ilícitos públicos y privados: se trataría de “determinar si la víctima particular o la comunidad deben controlar la decisión de denunciar y controlar la tramitación de la denuncia”. HUSAK, D.: *Overcriminalization:...*, *ob. cit.*, pág. 136. Muy crítico con esta diferenciación entre lo público y lo privado, MOORE, M.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 766. De hecho, es significativo que HUSAK reconozca ciertas debilidades en su argumentación cuando señala que “ciertamente la línea que divide las infracciones públicas de las privadas es increíblemente difícil de trazar, y los moralistas jurídicos se anotan puntos al insistir sobre esta dificultad”, si bien señala que la dificultad para trazar la línea no puede ser suficiente para abandonar el proyecto. HUSAK, D.: *Overcriminalization:...*, *ob. cit.*, págs. 198 y ss.

²¹⁷ Véase, en relación con las ofensas y con el concepto de “*private wrongdoing*”, FEINBERG, J.: *Harmless wrongdoing...*, *ob. cit.*, pág. 15. Si bien es cierto que la argumentación es distinta, pues para FEINBERG lo importante no es la dimensión pública sino la “observación del público” de aquello que le ofende: lo que se realiza en privado no puede herir la sensibilidad pero sí lo que se realiza a la vista de todos. DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive can you get?”, en VON HIRSCH, A. / SIMESTER, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, págs. 15 y ss.

nadas o no intencionadas, y razonables, no razonables y necesarias²¹⁸, defienden la posibilidad de criminalización de comportamientos que constituyan un injusto (inmoral) ofensivo, por constituir “una intrusión, moralmente inaceptable y no razonablemente evitable, en otras vidas, en la que se obliga a otro a sufrir experiencias desagradables e inquietantes en un grado o en un contexto que no se espera que deba aceptar”²¹⁹ y teniendo en cuenta el interés público en evitar tal estándar de ofensa²²⁰. Y además ligan la criminalización a que no haya otra forma de responder preventivamente a la ofensa. En particular, y, a mi parecer, de forma similar (tanto en la argumentación como en las consecuencias de la misma) a la ponderación que realiza Feinberg²²¹, Duff y Marshall restringen las acciones moralmente injustas ofensivas criminalizables atendiendo a la tolerancia individual y social ante algunas ofensas, a las posibilidades de negociación para persuadir en el hecho de la ofensa, y a la potencial utilización para prevenirlas de normas de Derecho privado o administrativas²²². Desde luego con tales planteamientos no se puede decir que, al menos este moralismo legal, defienda una ampliación del ámbito de lo criminalizable al negar la vigencia del “Principio de la ofensa”.

Por su parte, el moralismo legal defendido por Michael Moore, que viene siendo identificado como el defensor de un moralismo legal más puro y estricto, niega que sea posible crear una línea de inicio, genérica y absoluta, bien sea el concepto de injusto público²²³, el de daño o el de ofensa²²⁴, que diferencie entre tipos de actuar injusto de modo tal que unos resulten criminalizables y otros no. Moore construye su teoría “moralista legal” de la legislación desde las mismas bases retributivistas desde las que construye su teoría de la pena, criticando el utilitarismo que, por llevar inexorablemente a un consecuencialismo desenfrenado, obligaría a una “moral para santos” con excesivas restricciones de la libertad²²⁵. Precisamente el derecho a la libertad y el fin de justicia del Derecho penal es del que deriva, según Moore, que “todos y sólo los males morales deben ser prohibidos por la ley penal, por razón de que este tipo de acciones (o estados mentales) son injustos (culpables) y merecen castigo”²²⁶. Pero al hablar de males morales o de inmoralidad no se

²¹⁸ DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive ...”, *ob. cit.*, págs. 59 y ss. En una clasificación que los propios autores reconocen, especialmente la construida sobre la razonabilidad o necesidad de la ofensa, como controvertida. DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive ...”, *ob. cit.*, pág. 64, nota 15.

²¹⁹ DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive ...”, *ob. cit.*, pág. 66.

²²⁰ Ligando a la idea de “*public wrong*”, de nuevo, la criminalización. DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive ...”, *ob. cit.*, págs. 76 y ss., especialmente 78.

²²¹ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 25 y ss.

²²² DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive ...”, *ob. cit.*, págs. 66 y ss. Para diferenciar, de nuevo, entre cuándo bastarán las normas de derecho administrativo y cuándo las penales, DUFF acude a la idea del “injusto público”, señalando que aquellas ofensas que conciernen a “la totalidad política” sí puede merecer criminalización.

²²³ MOORE, M.: “Liberty’s Constraints...”, *ob. cit.*, págs. 198 y ss.

²²⁴ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 762.

²²⁵ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, págs. 750 y ss., especialmente págs. 752 y ss.

²²⁶ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 754.

refiere, en ningún caso, y así lo afirma expresamente, a la “mores” o moral pública, sino a la moral crítica. Es decir, que una conducta no será inmoral por ir en contra de las convicciones sociales de una mayoría, sino por constituir o no un mal²²⁷. Aquí la divergencia con el moralismo legal inicial de Devlin es significativa y se pone de manifiesto en particular en relación con lo que se consideraban conductas ofensivas o indecentes como las homosexuales. Para Moore hay una modalidad de conductas que no estamos obligados a hacer o no hacer y los ciudadanos tenemos un derecho (derivado del de libertad) que nos protege contra la criminalización de estas acciones. Esto le hace ser muy claro con respecto a la criminalización de las relaciones sexuales consentidas: “trivializa la idea de moralidad el creer que ella nos obliga con respecto a qué órgano insertamos en qué orificio, de qué género, de qué especie. Una filosofía retributivista/ legislativa moralista legal no tiene razón alguna para penalizar la amplia variedad de prácticas sexuales actualmente prohibidas en muchas jurisdicciones angloamericanas, y los ciudadanos tienen el derecho moral de que no se haga”²²⁸.

En la práctica, y tal y como reconoce Moore, lo que esto conlleva es que las diferencias entre el moralismo jurídico liberal (que él promulga) y el liberalismo consecuencialista clásico no estriben tanto en el concreto contenido de las restricciones a las que debiera moralmente someterse la legislación penal, sino en la forma en que se argumenta a favor de las mismas²²⁹. Una teoría moralista legal de la legislación, aun no siendo liberal en su forma, resultará muy liberal en su contenido, pues no permitiría la prohibición de cualquier cosa que, conforme a una moral crítica, no sea inmoral, y tampoco prohibiría aquello que, siendo inmoral, no sea tan serio como para sobrepasar el mal que supone infringir la presunción de libertad²³⁰. Y esto se concreta en la respuesta a si puede un legislador prohibir ciertas acciones sobre la base de que las mismas ofenden a algún número de ciudadanos, sea en sentido moral o de otro modo? Para Moore la pregunta de un moralista legal liberal sería un no rotundo, precisamente porque se confunde la moral pública con la crítica, y el derecho a la libertad ordenaría no prohibir acciones que no sean moralmente injustas sean cuantos sean los ciudadanos que crean, erróneamente, que lo son y se ofendan por ellas²³¹. Esto, en todo caso, conllevaría la imposibilidad de criminalizar las ofensas que no sean ilícitos. Y,

²²⁷ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, ob. cit., págs. 760 y ss.

²²⁸ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, ob. cit., pág. 756.

²²⁹ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, ob. cit., pág. 757. Así, dice MOORE que “los liberales clásicos niegan a desafiar a los conservadores en temas morales de primer orden como la inmoralidad de la homosexualidad, el aborto, o el uso de drogas: más bien prefieren argumentos de segundo orden que muestran por qué los primeros argumentos de orden son objetivos inadecuados de la legislación en una democracia secular. Por el contrario, los liberales moralistas legales reconocen la conveniencia de legislar la moralidad, pero tienen puntos de vista muy limitados en lo relativo a que abarca la misma”. MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, ob. cit., pág. 757.

²³⁰ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, ob. cit., pág. 756, uniéndose aquí a las ideas de Raz.

²³¹ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, ob. cit., pág. 761.

dejando a un lado la ética relativista, Moore considera plausible que algunas formas de ofensa a otras personas sean injustos independientemente de lo que crea la sociedad, puesto que la innecesaria afectación a la sensibilidad de otros que conlleva la ofensa la puede convertir en ilícito. Pese a ello, sin embargo, dice Moore que a un moralista legal le debiera parecer sospechosa la fundamentación de una criminalización en la idea de ofensa, puesto que si bien puede ser moralmente disvalioso herir la sensibilidad de los demás innecesariamente, no suele ser “profundamente inmoral hacerlo”. Por tanto, “y por lo general, a excepción de los comportamientos más groseros, el bien de castigar este tipo de inmoralidades menores resultará insuficiente para superar la presunción de la libertad y los valores que ésta representa”²³².

Recapitulando, pues, si bien el moralismo legal rechaza la limitación a la criminalización que supone el principio de la ofensa consistente en que el injusto tiene que ser al menos ofensivo para poder ser incriminado, la controversia es, al igual que sucedía con las críticas procedentes de los defensores del *harm principle* como “*one very simple*”, más teórica y de construcción filosófica que de consecuencias prácticas derivadas de la misma. Bien desde la idea de injusto público de Duff, o a partir de la construcción de la moral crítica desde la idea de libertad de Moore, resulta difícil encontrar conductas injustas ofensivas criminalizables conforme a los parámetros de Feinberg que lo serían conforme a los parámetros del moralismo legal de los citados autores que representan las diferentes modalidades de moralismo legal.

A lo anteriormente señalado hay que sumar otro punto más de acuerdo que de desacuerdo entre ambas posiciones. Si bien es cierto que el principio de la ofensa conlleva una restricción del ámbito de la criminalización frente al entendimiento de algún autor dentro del moralismo legal, no hay que olvidar que este “*ofense principle*” también supone, frente a la consideración del principio del daño como condición mínima de criminalización, una ampliación del campo de conductas susceptibles de sanción penal, y aquí no hay divergencia sino convergencia entre ambas posiciones: el moralismo legal coincide con las consecuencias prácticas de la aplicación de tal principio consistentes en permitir la criminalización de algunas conductas no lesivas de intereses de otros. Teniendo en cuenta que una de las características defendidas por los principales defensores del principio de la ofensa, tanto Feinberg como Simester y Von Hirsch, es que sólo son criminalizables los comportamientos ofensivos que puedan considerarse un “*wrongdoing*”, parece claro que desde el moralismo legal sí se acepta, aunque desde bases distintas, la principal tesis del principio de la ofensa: la de que es posible sancionar las conductas no lesivas de intereses pero que ofenden la sensibilidad de otros. Ello es así no por el hecho de herir la sensibilidad, sino por constituir injustos, conductas

²³² MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 762.

inmorales y por tanto criminalizables²³³ siempre que no haya otros recursos para prevenir y reducir tales conductas²³⁴. Aunque, como hemos visto, algunos de los posicionamientos de Moore y Duff podrían llegar a ser más restrictivos en casos concretos que los propuestos inicialmente por Feinberg.

Desde caminos diversos, los defensores del moralismo legal y quienes sostienen la vigencia del principio de la ofensa, apenas difieren en las consecuencias prácticas más relevantes relacionadas con la criminalización de conductas ofensivas: es moralmente aceptable sancionarlas penalmente pese a no constituir un daño para otros, en particular aquellos comportamientos ofensivos que constituyen un injusto público y no los que se realizan en el ámbito privado o se realizan en el ejercicio de la libertad.

3. Conclusiones

3.1. *Hacia una categorización de modelos de criminalización en el DPA*

Quizás debiera empezar por reconocer que el principal objetivo de este trabajo no era tanto el de resolver la cuestión de qué son las conductas ofensivas, la de si pueden ser o no criminalizadas y la de cuáles son las razones de ello y, de ahí, los límites para hacerlo, sino mostrar una vía de pensamiento distinta para afrontar tal tipo de cuestiones que, además, pueda extenderse funcionalmente a otras problemáticas diferentes pero unidas por la pregunta de ¿qué conductas criminalizar? De hecho, al centrarme exclusivamente en la criminalización de las conductas ofensivas en el DPA he obviado algunos análisis, como el de los *Verhaltensdelikten* o el estudio concreto de los preceptos que en el Código Penal español se corresponden con el supuesto parámetro de la “protección penal de sentimientos”²³⁵,

²³³ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 762.

²³⁴ DUFF, R. A. / MARSHALL, S. E.: “How offensive ...”, *ob. cit.*, pág. 66.

²³⁵ Así, en sentido crítico con tal denominación, a mi parecer acertadamente, ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho...”, *ob. cit.*, págs. 64 y ss. El trabajo de la autora resulta del máximo interés y será objeto de análisis en próximos trabajos en los que me centre ya en delitos del CP español que entran dentro del parámetro de la criminalización de conductas ofensivas. Eso sí, el planteamiento de la autora se realiza desde la perspectiva tradicional del bien jurídico protegido, negando que los sentimientos, como tales, puedan ser objeto de protección. Como se ha señalado aquí poco se aporta, a mi parecer, a la cuestión de qué conductas pueden ser criminalizadas y cuáles no centrandó el análisis en qué se puede proteger, dada la capacidad del legislador, pero también de la dogmática, de “estirar” el alcance del concepto de bien jurídico protegido para dar cabida a cualquier tipo de interés individual, colectivo, concreto o difuso. Esto lo pone de manifiesto la autora al valorar la criminalización de los delitos contra los sentimientos religiosos. Concretamente, al referirse al delito del art. 524 de profanación de lugares de culto “con el fin de ofender los sentimientos religiosos”, y al art. 525.1 que incrimina el escarnio de “dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen a quienes los profesan o practican”, realizado para “ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa”, parece solucionar la autora la cuestión de la legitimidad de tal criminalización afirmando que el bien jurídico no serían los sentimientos de los miembros de una confesión sino “el interés en ser respetado en las propias creencias o a la libertad religiosa o de culto”. ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 84. Es decir, ¿que cualquier falta de respeto a las propias creencias puede ser criminalizada? Lo relevante, en este caso, no es si se protege tal o cual cosa, sino si el

equivalentes, en lo esencial, a las conductas ofensivas. Ambos, sin duda, podrían ayudar a responder las primeras cuestiones. Hay motivos, sin embargo, para un planteamiento focalizado en el DPA. Por una parte, incluso los autores alemanes que han tratado esta problemática han reconocido abiertamente que la forma de afrontar la cuestión en el DPA, básicamente desde los parámetros del principio de la ofensa, es potencialmente más eficaz para el objetivo final de asignar al legislador límites morales para la criminalización que el uso del paradigma del bien jurídico protegido²³⁶. De hecho, incluso las soluciones críticas con el “*offence principle*” provenientes de Alemania acaban argumentando con criterios que se centran en qué conductas se pueden sancionar, alejándose de cualquier referencia a la idea de *rechtsgut*, difícilmente operativa por sí misma para responder a tal tipo de cuestión²³⁷. Por otro lado, y con ello adelanto una conclusión esencial de este trabajo, quizás sea un error pretender que es posible dar una respuesta general a la cuestión de la criminalización de conductas ofensivas sin entrar en el concreto análisis de cada una de ellas, y será en tal tipo de análisis cuando debemos tomar en consideración todas las perspectivas, y no sólo la del DPA, para definir en cada caso los límites de la criminalización.

Al fin y al cabo, hay consideraciones filosóficas y políticas que pueden ser comunes a la reflexión sobre la criminalización del Discurso del Odio, de los delitos contra los “sentimientos” religiosos, de las conductas de explotación sexual de animales (que recogen la voluntad de incriminar la zoofilia), y de las diferentes formas de exhibicionismo sexual en público o de posesión de algunas formas de pornografía infantil como la simulada; pero también hay consideraciones y problemáticas que serán distintas para cada una de ellas. En relación con el discurso del odio tiene una relevancia crucial el conflicto entre la tutela de los valores de tolerancia y el derecho a la libertad de expresión, y el propio Feinberg reconoce, por ejemplo, reglas especiales en el caso de que la ofensa tenga lugar en un contexto político²³⁸; respecto a la criminalización de la blasfemia y otras ofensas a sentimientos religiosos desempeña un papel crucial en el debate la idea de respeto

legislador puede o no puede criminalizar este tipo de conductas. En eso consiste el principio de la ofensa: no en la afirmación de qué se protege, sino en el intento de limitación de qué se castiga. Desde luego el bien jurídico, a mi parecer, no sirve para esto.

²³⁶ Así, WOHLERS, W.: “Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces”, en SIMESTER, A.P. / DU BOIS-PEDAIN, A / NEUMANN, U.: *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas Von Hirsch*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregón, 2014, págs. 247 y ss. La principal crítica al esquema de pensamiento alemán tradicional es que con él o bien se estira el concepto de bien jurídico creando conceptos como el de “paz pública” para justificar la criminalización imposible desde los parámetros de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos relacionados con valores o intereses individuales, o bien se reconoce estar ante meros delitos de conducta sin ser capaces de establecer un parámetro crítico que permita discriminar qué conductas se pueden castigar y por qué y cuáles no.

²³⁷ Es significativo, en tal sentido, el caso de HÖRNLE, T.: *Grob anstößiges Verhalten...*, *ob. cit.*, págs. 50 y ss.

²³⁸ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 12 y ss.

y la discusión sobre si la cultura puede tutelarse penalmente²³⁹; esto también está presente en lo que se refiere a la criminalización de la zoofilia donde, sin embargo, tiene a mi parecer particular relevancia la cuestión de si “las mores” pueden ser razón suficiente para la criminalización y, en particular, cómo debe construirse el acuerdo en torno a ellas²⁴⁰; por último, en lo concerniente a las conductas de exhibicionismo público y pornografía se mezclan consideraciones de ofensividad y moral social con otras relacionadas con el daño potencial a intereses relacionados con la libre formación sexual de los menores²⁴¹. En definitiva, hay muchas consideraciones filosófico-políticas relevantes para la valoración de los límites de la criminalización que son particulares a cada una de estas conductas como para pretender resolver la cuestión de si pueden ser criminalizadas o no con una sentencia global y uniforme para ellas. De hecho, una de las cosas que se ha criticado, por parte de la propia dogmática penal alemana, de la forma de afrontar el debate de la criminalización desde nuestra cultura penal de influencia germana es el de quedarse en generalizaciones abstractas y no descender al análisis concreto de qué se puede castigar y por qué²⁴², y uno de los aciertos de la obra de Feinberg, en particular, es el diferenciar los análisis atendiendo a las distintas formas de conducta y a los diferentes derechos e intereses implicados en la valoración moral de qué se puede criminalizar y qué no.

Ahora bien, que las conclusiones respecto a qué “concretas ofensas” pueden ser criminalizadas sólo pueda obtenerse con un análisis de los factores que se relacionan específicamente con cada una de ellas, lo cual ya es en sí mismo una conclusión relevante sobre la que volveré después, no impide que podamos y debamos derivar de nuestro análisis valiosas premisas y algunas conclusiones relativas a los límites generales de la criminalización de esta modalidad de conductas. Estas se centrarán, por lógica, en aquello que pueda ser objeto de análisis común. Lo que une a estas conductas, de inicio, es una especie de “déficit aparente de legitimidad para la criminalización”: de ellas, en el DPA, no se afirma que causen un daño, paradigma comúnmente considerado suficiente para la criminalización de la conducta; de ellas, en el sistema penal de influencia germana, no se afirma que su incriminación responda a la tutela de un bien jurídico protegido digno de protección. Comparten, pues, estas conductas englobadas en el tópico de las *ofensas*, de los *Verhaltensdelikte* o de los *delitos*

²³⁹ Véanse en este sentido las reflexiones de SEELMAN K.: “Es el respeto un deber jurídico”, en SEELMAN K.: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 39 y ss.; y también las de HÖRNLE, que limita significativamente el ámbito de intervención penal frente a este tipo de conductas. HÖRNLE, T.: *Grob anstößiges...*, *ob. cit.*, pág. 60 y ss.

²⁴⁰ Véase, MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal y moral...”, *ob. cit.*

²⁴¹ Así, DEBACKER, D. A.: *Harmful Offense to Others: A “New” Liberty-Limiting Principle and the ‘New Child Pornography*. Disponible en Internet, en [https://digitalarchive.wm.edu/bitstream/handle/10288/462/Devin+DeBacker,+Philosophy+Honors+Thesis+\(Spring+2008\).pdf?sequence=1](https://digitalarchive.wm.edu/bitstream/handle/10288/462/Devin+DeBacker,+Philosophy+Honors+Thesis+(Spring+2008).pdf?sequence=1). Última visita el 4 de julio de 2015.

²⁴² WOHLERS, W.: “Criminal Liability for...”, *ob. cit.*, págs. 249 y ss.

contra sentimientos, el poner en duda los principios tradicionalmente aceptados para legitimar la intervención penal. Y sobre eso versan las conclusiones de este artículo: por una parte acerca de cómo se ha afrontado, y cómo debemos afrontar, la respuesta a los límites morales para la criminalización de comportamientos, sean éstos cuales sean; por otra, acerca de cuáles son las particularidades de la argumentación anterior en lo tocante a esas conductas no lesivas (pero sí ofensivas).

Pues bien, y entrando ya en las primeras conclusiones, hay que comenzar por convenir la existencia de un punto común a todas las teorías de la criminalización en el DPA: la conducta, para poder ser criminalizada, tiene que constituir un ilícito (en sentido moral, que puede serlo además en sentido legal). Aunque la propia configuración de lo que constituye un *wrongdoing* ya diverge según las distintas posiciones²⁴³, lo cierto es que ese punto de coincidencia existe: no se puede criminalizar una conducta que no sea un actuar ilícito, independientemente de la aproximación filosófica que se use para definir este. A partir, de aquí, sin embargo, y como se ha visto en las páginas anteriores, hay muchas formas de responder a la cuestión “¿qué conductas criminalizar?”, si bien creo que podríamos diferenciar dos modelos antagónicos de respuesta a la pregunta, que, sin embargo, cuando acaban resolviendo casos concretos, resuelven de forma menos dispar de lo esperado. Los dos modelos englobarían, por un lado, las teorías que entienden que, desde ese punto de partida del actuar ilícito, no hay ninguna condición atribuible a la conducta que, per se, determine la posibilidad de que sea o no criminalizada; y, por otro, las teorías que consideran que, independientemente de la ilicitud de la conducta, hay condiciones de la misma que ya determinan si puede o no ser criminalizada. Este último podría denominarse “modelo de criminalización desde mínimos”, puesto que establece un mínimo (o varios, alternativos o sucesivos) atribuible a la conducta para poder ser criminalizada. El segundo podría denominarse “modelo de criminalización sin mínimos”, puesto que no condiciona la criminalización a ninguna condición de inicio si bien no tiene porqué conllevar, finalmente, una mayor criminalización de conductas que el primero.

²⁴³ Así ni siquiera el *wrongdoing* en FEINBERG, J.: *Harm to Others: ...*, *ob. cit.*, págs. 7 y ss., difiere del de VON HIRSCH, A.: “The offence principle in...”, *ob. cit.*, y, desde luego, la configuración del ilícito de ellos difiere de la que le otorga MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 761.

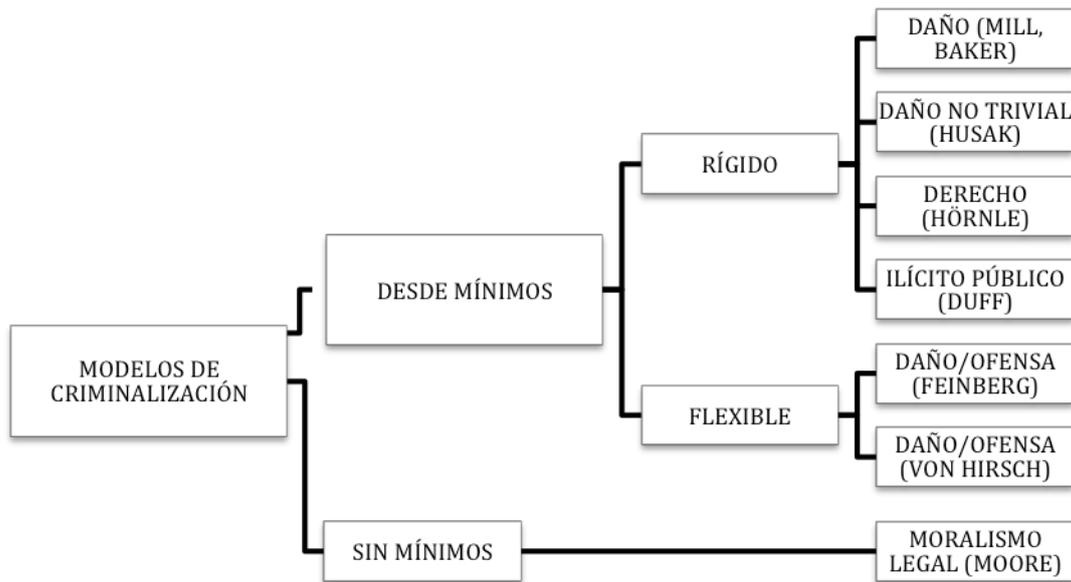


Gráfico 1. Modelos de Criminalización según la exigencia añadida al “*wrongdoing*”²⁴⁴.
Elaboración propia.

El ejemplo paradigmático del “modelo de criminalización sin mínimos” lo representa el moralismo legal en sentido más estricto, conforme al cual la realización de un ilícito moral es razón para la criminalización, sin que pueda decirse de una determinada modalidad de conductas, si no es por el comentado carácter ilícito, que no pueden ser nunca criminalizadas. La característica de este modelo, pues, es que no hay líneas rojas de partida para la criminalización, pudiendo todo ilícito moral constituir, tras la decisión del legislador, un delito. Esta es la posición que defienden autores como Gerald Dworkin o Michael S. Moore que, precisemos, no defienden una “criminalización de máximos” sino una criminalización sin mínimos (como el daño o la ofensa) distintos a la ilicitud. De ahí no se deriva, pues, que todo pueda ser criminalizado: tanto Gerald Dworkin como Moore señalan que hay muchos ilícitos que no tienen por qué ser criminalizados²⁴⁵, especialmente a partir de razones de proporcionalidad o de sentido político, pero ello no deriva de la propia naturaleza de la conducta sino de la valoración del ilícito por parte del Estado. En otras palabras: todo ilícito es criminalizable, aunque no todo ilícito deba ser criminalizado. No cabe duda de que este modelo de criminalización “sin mínimos” es el más flexible de todos los modelos de criminalización existentes.

²⁴⁴ Se refieren en él sólo algunas de las teorías de criminalización, que ni son todas, ni todas propiamente son teorías de criminalización sino construcciones dogmáticas sobre los requisitos exigidos además de que la conducta resulte un ilícito.

²⁴⁵ Además este último, como vimos, realiza una significativa restricción de la idea de ilícito, limitándolo al ilícito contrario a la moral crítica y no aceptando, por ejemplo, que una conducta relativa a la propia sexualidad pueda considerarse, aun siendo contraria a la moral pública, ilícita. MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.*, pág. 757.

Esto no es en sí mismo un inconveniente. Sí lo es, en cambio, si ello se une al indiscutible hecho de lo difícil que es, en palabras de Stanton-Ife, el acceso a la auténtica verdad moral por parte de los legisladores²⁴⁶. Si los sistemas que incorporan mínimos teóricos ya son fáciles de eludir y difíciles de justificar, por el mismo motivo más lo serán los que no incorporan ninguno.

El otro modelo, el que hemos denominado “de criminalización desde mínimos”, sí establece que no todos los ilícitos son criminalizables, sino sólo algunos de ellos, aunque las distintas teorías que integramos dentro de él discrepan en qué es lo que conlleva que la conducta pueda ser legislada penalmente. Frente al modelo anterior, éste es menos abierto, en cuanto que parte de algún tipo de condición inicial que dice debe poder darse en la conducta para ser objeto de criminalización, y pretende ser más claro puesto que, al establecer una condición mínima de inicio habrá conductas, las que la cumplan, que ya entrarán como candidatas para ser criminalizadas y otras que, al no cumplirlo, quedarán excluidas de tal posibilidad. Como ya hemos adelantado, sin embargo, esto no significa que este modelo de criminalización sea más restrictivo: lo parece, al establecer una condición más a la conducta ilícita para que pueda entrar en el ámbito penal, pero sólo lo será en el caso de que logre evitar la vaguedad y ambigüedad de algunos de los adjetivos adscritos a la conducta ilícita que, en el caso de estar presente, convertirán la teórica restricción en papel mojado. Las teorías criminalizadoras de Mill, Feinberg, Von Hirsch, Hörnle, Baker, Husak²⁴⁷ y otros entrarían dentro de este modelo, como también el moralismo legal de Duff, que exige al ilícito un carácter público para poder ser criminalizado²⁴⁸. Sin embargo, las diferencias entre sus posiciones son muchas y podrían dar lugar, al menos, a otros dos modelos de criminalización dentro del esquema de “criminalización de mínimos”: por una parte un modelo rígido en el que se plantea la existencia de un atributo único para cualquier modalidad de conducta ilícita sin el cual no cabe la criminalización en ningún modo; por otra, un modelo más flexible en el que se analizan varios atributos potenciales de varios tipos de comportamiento, que se pueden valorar secuencial o separadamente, como después se verá, para decidir sobre si la conducta puede ser o no criminalizada.

El “*harm principle*” en la primera acepción de Mill y en la reciente de Dennis J. Baker²⁴⁹, cumple las condiciones de este “modelo rígido de criminalización desde mínimos”, puesto que conforme a él sólo aquellas conductas que constituyan un ilícito moral y causen daño a otros pueden ser criminalizadas. De ahí su carácter rígido: el Derecho penal se ocupa de ilícitos que dañan intereses, sin que ninguna

²⁴⁶ STANTON-IFE, J.: "The Limits of Law", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter, 2014.

²⁴⁷ Es cierto que la teoría de HUSAK incluye más criterios, pero son adicionales al primero que es el del daño no trivial que él pretende derivar de la propia parte general del Derecho penal y en particular de la regulación de la culpabilidad y las causas de justificación. HUSAK, D.: *Overcriminalization: ..., ob. cit.*; págs. 58 y ss.

²⁴⁸ *Vid. supra* págs. 30 y ss.

²⁴⁹ *Vid. supra* págs. 25 y ss.

otra razón pueda ser argüida para justificar la tipificación penal de una conducta. Este modelo de criminalización, de finalidad claramente restrictiva y liberal, responde bien a la casuística de las conductas que producen daños físicos o perceptibles por los sentidos y que tienen lugar sobre intereses eminentemente individuales. Por el contrario tiene más dificultad, cuanto menos aparente, para justificar la criminalización de conductas cuya “dañosidad” es remota, para explicar la criminalización de conductas en las que el sujeto se daña a sí mismo²⁵⁰, y también para criminalizar conductas en las que el daño tiene una procedencia más comunitarista y menos individual. Sin embargo, y pese a que el semblante del modelo es rígido y restrictivo, su desarrollo en la práctica lo convierte en un modelo débil y difuso. El término daño, que como ya avisó MacCormick, conlleva también el integrar un juicio moral sobre la conducta²⁵¹, ha ido ampliando tanto sus contornos que ha acabado desnaturalizado. Quizás derivada de la propia rigidez inicial, la teoría de la criminalización basada en la exigencia del daño como condición mínima de criminalización deriva en un modelo totalmente elástico que pierde cualquier referencia: al tratarse de un único atributo posible (lesivo) y, por tanto, de un juicio dicotómico, la comparación del mismo con las situaciones reales de conflicto entre intereses, de aparición de nuevos derechos, etc., conlleva que no sea en la práctica útil para ejercer su supuesta función limitadora. Esto no sólo ha sido denunciado por algunos autores que han puesto de manifiesto la perversión del concepto de daño²⁵², sino que ya fue reconocido por los grandes teóricos que desarrollaron el principio del daño: Feinberg completó el principio con otros; Raz le dotó de una amplitud que conlleva una total integración en él de la moral crítica²⁵³; Husak lo usa pero lo acaba completando con otros principios sin quedar clara su función restrictiva²⁵⁴, y Baker pretende restringirlo pero acaba encontrando excepciones desde argumentaciones diversas²⁵⁵.

También la teoría de Hörnle basada en la idea de la afectación de derechos podría entrar dentro del modelo rígido de criminalización²⁵⁶. Al fin y al cabo, para la autora sólo las conductas de las que se pueda afirmar que violan los derechos de otras personas, pueden ser criminalizadas²⁵⁷. Algo similar sucede con la exigencia de que el ilícito tenga carácter público para poder ser criminalizado de Marshall y

²⁵⁰ La posición rígida del *harm principle* choca con el paternalismo penal. Sobre la cuestión véase, FEINBERG, J.: *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 3, Oxford University Press, Oxford, 1986.

²⁵¹ MACCORMICK, N.: "Moralistic Case for A-Moralistic Law, A.", en *Val. UL Rev.*, vol. 20, 1985.

²⁵² HARCOURT, B.: "The Collapse of...", *ob. cit.* pág. 109.

²⁵³ RAZ, J.: *The morality of...*, *ob. cit.*

²⁵⁴ ASÍ HUSAK, D.: *Overcriminalization...*, *ob. cit.*

²⁵⁵ *Vid. supra* págs. 25 y ss.

²⁵⁶ *Vid. supra* págs. 23 y ss.

²⁵⁷ HÖRNLE, T.: "Rights of Others" ..., *ob. cit.*; también, véase, HÖRNLE, T.: "**Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity...**", *ob. cit.*

Duff²⁵⁸. Es cierto que estas posiciones reconocen algo que no suele admitirse desde las posiciones que aplican de forma estricta el *harm principle*: para saber si hay o no violación de derechos de otras personas o si el injusto es público habrá que ir caso a caso, no siendo posible una determinación genérica y de valor absoluto respecto a qué daña, qué viola un derecho o qué interesa a todos sin descender al análisis de los diferentes elementos en juego. Pero, con ello, no solucionan el problema que es común a todas las posiciones dentro del modelo rígido de criminalización: la condición de criminalización que pretende ser un elemento de exclusión estricto, es más imprecisa de lo que en un principio parece, y el acuerdo concreto en torno a su concreta aplicación para cada caso se antoja realmente difícil, de modo que el legislador acaba teniendo menos dificultades para cumplir sus políticas sin dejar de someterse a la aplicación del principio. Hay que reconocer, en todo caso, que tanto la posición de Hörnle como la de Duff aportan criterios nuevos que pueden ser de mucho interés, quizás no como únicos pero sí sumados a otros.

El modelo de criminalización desde mínimos puede ser más flexible que el determinado por las posiciones recién explicadas cuando en vez de plantear un mínimo único e unívoco se establecen varios, bien de forma sucesiva o bien alternativos entre sí. La conducta, conforme a estos modelos, para poder ser criminalizada debe cumplir una determinada condición, si bien, en caso de no ser así, puede serlo si cumple otra tipo de condición, para lo cual, sin embargo, es posible que a su vez se establezcan otro tipo de exigencias concretas. De hecho las condiciones pueden ser sucesivas o simultáneas, y conforme al modelo podría haber de los dos tipos, en el sentido de que una determinada teoría puede partir de una condición A que, si se cumple, obliga a analizar otro tipo de condición a1 (y así hasta que se agoten éstas); y si no se cumple A, pero se cumple B, entonces habría que cumplir sucesivamente las condiciones B1, B2 y B3, por ejemplo. Usualmente, además, las exigencias son mayores conforme no se van cumpliendo las anteriores, como sucede por ejemplo con el modelo de Feinberg: si la conducta no es lesiva, pero es ofensiva, puede ser criminalizada, siempre que cumpla unas condiciones que no se exigen cuando la conducta ya es lesiva²⁵⁹. En efecto, el modelo de Feinberg, pero también el de Von Hirsch y Simester aunque menos desarrollado, se trataría de un modelo de limitación de la criminalización desde mínimos de carácter flexible. Como se ha visto, estos autores parten de exigir a la conducta ilícita, para ser criminalizada, una condición (que a su vez exige unos requisitos), el de resultar la realización de un daño, pero, en el caso de que no sea así, reconocen la posibilidad de que la conducta sea criminalizada si es ofensiva (a partir de otras exigencias), en cuyo caso, sin embargo, no afirman que ya pueda ser criminalizada, sino

²⁵⁸ Vid. *supra* págs. 30 y ss.

²⁵⁹ Vid. *supra* págs. 9 y ss.

que exigen un conjunto de condiciones que limitan significativamente la posibilidad de criminalización y la restringen a supuestos casi tasados²⁶⁰. Así, una conducta que no causa un daño puede ser criminalizada, pero sólo cuando esta conducta representa una ofensa seria y cuando se cumplan una serie de principios mediadores que comparan la relevancia de la conducta para el sujeto que la realiza y para la sociedad con la relevancia de la ofensa en términos de afectación de intereses para las víctimas y para la sociedad. Eso sí, y esto es especialmente claro en Feinberg, deberá tenerse en cuenta que la conducta es una ofensa y no un daño y, por tanto, la intervención penal no podrá ser idéntica a la que se produce cuando la conducta ilícita es lesiva.

La diferencia con el modelo anterior estriba, esencialmente, en una mayor flexibilidad a la hora de la valoración de si se cumplen o no las exigencias necesarias para la criminalización de la conducta. Ahora ya no dependerá de un único factor, sino de que no se dé ni uno ni otro, de modo que sólo aquellas conductas que no cumplan ninguna de las sucesivas condiciones que se vayan estableciendo, no podrá ser criminalizadas (las que no cumpla ni A1, ni B3). A priori parece un modelo más restrictivo, en cuanto a las conductas que permitiría incluir en el sistema penal, que el de criminalización “sin mínimos” y más amplio que el “rígido desde mínimos”, pero de nuevo conviene precisar que esto no tiene porqué ser así dado que, como hemos visto, el de “desde mínimos” no establece que cualquier conducta ilícita ya puede ser criminalizada (aunque no acaba de concretar porqué), y el “rígido desde mínimos” utiliza condiciones mínimas que acaban por romperse desvirtuando su sentido limitativo final. Este riesgo, el de que conceptos como el de “daño” o el de “ofensa”, acaben ampliando sus contornos, también está de algún modo presente en el “modelo flexible desde mínimos”. De hecho, el término daño se utiliza como condición en los ejemplos paradigmáticos de ambos tipos de modelos. Sin embargo, con un modelo más flexible es más posible mantener un sentido estricto de daño que con un modelo de criminalización rígido que gire en torno a tal concepto. Al fin y al cabo, si la lesividad de la conducta no es la única razón posible para la criminalización, no es necesario remitirnos a la misma para argumentarla. Esta, a mi parecer, es la gran ventaja que tiene este sistema de limitación de la criminalización²⁶¹. Si, como dice Harcourt, el problema en la actualidad en la discusión dogmática es que todo debe ser lesivo y, por ello, todo acaba pudiendo serlo²⁶², aceptando que aquellas conductas que no lo sean pero cumplan otro tipo de condiciones conforme a otro tipo parámetros también pueden

²⁶⁰ Vid. *supra* págs. 30 y ss.

²⁶¹ Opina de modo similar PERSAK, N.: *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, Springer Science & Business Media, New York, 2007, pág. 114, al considerar que “tener excepciones (basadas en el moralismo, el paternalismo o el principio de la ofensa) y reconocerlas como tales, sigue siendo mejor que intentar a toda costa encauzar tales categorías en la idea de daño, con la intención de que las conclusiones estén mejor aclamadas e impedir las críticas a las mismas”.

²⁶² HARCOURT, B.: “The Collapse of...”, *ob. cit.* pág. 109.

ser criminalizadas, ampliaríamos el debate a algo más que una discusión entre si la conducta daña o no daña y podríamos restringir la idea de daño a lo que efectivamente afecta a los intereses (individuales, principalmente, aunque también colectivos) que conforman las condiciones esenciales para el desarrollo de la autonomía del individuo. Eso no significa que considere que el concepto de daño tiene que ser central para la toma de decisiones acerca de la criminalización de una conducta pero, aun si se tomara sólo como una referencia más, poco valor tendría si se difuminaran tanto sus límites que no fuéramos capaces de definir cuándo concurre y cuándo no.

A mi parecer la debilidad que tiene el uso del principio del daño como condición exclusiva, única y mínima para la criminalización se muestra de forma clara en el debate en torno a la criminalización del *hate speech* en EEUU. Dejando de lado el análisis profundo de la cuestión que abarcaré en futuros trabajos, resulta muy significativo que la obra que ha reabierto la discusión defendiendo la criminalización de algunas conductas de comunicación de mensajes discriminatorios y de odio se titule *The Harm in Hate Speech*, y que gire en torno a la argumentación de que el discurso de odio causa un daño a los valores de tolerancia esenciales para la sociedad democrática y no una simple ofensa a las personas o a la colectividad²⁶³. Waldron señala que una conducta no puede ser objeto de protección legal simplemente por ofender a otros²⁶⁴, y construye argumentos relativos al daño que conlleva el *hate speech*, bien por el que puede causar a la dignidad de las personas algunas de las formas más graves, o bien por la mayor facilidad que tiene el que se cause un daño a otro en un clima de odio²⁶⁵. Con ello parece querer afianzar la legitimidad de su discurso pro criminalización de esas conductas, al resultar más coherente con el estándar común hacerlo con una argumentación basada en el daño que en la ofensa²⁶⁶. Pero, en el fondo, al hacerlo, no sólo no se aleja, por otro camino, de la solución limitada que propone Feinberg para criminalizar conductas ofensivas sólo cuando resulten las más graves y siempre imponiendo una comparación entre la importancia de la ofensa y la de la conducta realizada; sino que utiliza el criterio del daño para ir mucho más allá de lo que, con la ofensa, había ido el de Detroit, quien limitaba enormemente la criminalización de tales comportamientos en concreto²⁶⁷. Esto no significa que esté afirmando que el *hate speech* sea una ofensa o que deba o no ser criminalizada. Simplemente pongo de manifiesto que un único criterio no garantiza una menor criminalización y dicotomiza en exceso la discusión.

²⁶³ WALDRON, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, págs. 102 y ss.

²⁶⁴ WALDRON, J.: *The Harm in...*, pág. 15

²⁶⁵ WALDRON, J.: *The Harm in ...*, págs. 50 y ss.

²⁶⁶ Véase, al respecto, el interesante debate en THOMPSON, S: *Critical Exchange. Understanding and regulating hate speech: A symposium on Jeremy Waldron's The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, págs. 304 y ss.

²⁶⁷ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 250 y ss.

La principal razón, pues, por la que, de inicio, creo preferible un modelo flexible de criminalización que un modelo rígido es porque comparto una reflexión esencial que, curiosamente, une a autores cuyas posiciones podrían situarse en cada uno de los tres modelos que he descrito. Tanto Moore o Gerald Dworkin desde un modelo de criminalización “sin mínimos”²⁶⁸, como Marshall y Duff y Hörnle desde un “modelo rígido de criminalización desde mínimos”²⁶⁹, pasando por supuesto por Feinberg y Von Hirsch y Simester desde un “modelo flexible de criminalización desde mínimos”²⁷⁰, coinciden en que la valoración moral sobre si puede o no ser criminalizada una conducta, no puede limitarse a la mera consideración de si esta causa o no un daño y requiere de un análisis más complejo. Como ya he dicho en otro lugar, la concreción de qué conductas deben castigarse y cuáles no difícilmente se puede lograr con un único principio, como el “principio del daño” o como nuestro “principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos”, que obligue a un único argumento (se daña o no se daña, es un bien jurídico o no lo es), pues al resultar tan difuso cuándo se cumple o no el mismo, se convierten en principios franqueables y débiles a cualquier voluntad criminalizadora²⁷¹. Frente a un modelo con única línea roja fácil de superar entiendo preferible otro modelo en el que no haya una línea roja supuestamente infranqueable sino varias que atiendan a las distintas razones legítimas que pueden explicar las, por otra parte, diferentes posibilidades de criminalización y que obliguen a ampliar la argumentación sobre por qué hay que castigar el comportamiento de que se trate, que obliguen a reconocer en determinados casos que las razones no son equiparables a las que justifican la criminalización en otro tipo de casos, que reconozcan los auténticos motivos por los que se quiere castigar una conducta sin crear “falsos daños” o “falsos bienes dignos de protección” y obliguen, así, a discutir hasta dónde puede llegar y hasta donde no la intervención penal.

En mi opinión el modelo “flexible de criminalización desde mínimos” está más cerca de esa idea que el resto. Sería recomendable, sin embargo, perfeccionar el modelo flexible de criminalización de un modo tal que se convirtiera en una red lógica y coherente de condiciones de criminalización que no se solapen entre sí y cuyas características y condiciones derivadas resulten claras, así como, sobre todo, evitar que el modelo flexible de criminalización desde mínimos suponga de facto una reducción significativa de las exigencias para la incriminación de conductas. En cuanto a lo primero, es obvio que esto no es fácil y que exige la depuración de los conceptos, pero esta tarea ya está siendo realizada por muchos autores y podría

²⁶⁸ MOORE, M. S.: *Placing Blame...*, *ob. cit.* pág. 757; DWORKIN, G.: “The Limits of the...”, *ob. cit.* pág. 4 y ss; DEVLIN, P.: *The Enforcement of...*, *ob. cit.*

²⁶⁹ Así, MARSHALL, S. E. / DUFF, R. A.: “Criminalization and Sharing...”, *ob. cit.*; pág. 22, HÖRNLE, T.: “Rights of Others...”, *ob. cit.*, pág. 183.

²⁷⁰ FEINBERG, J.: *Harm to Others:...*, *ob. cit.* pág. 7.

²⁷¹ MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal y moral...”, *ob. cit.*

aprovecharse lo que muchos de ellos han avanzado para crear un árbol de decisión de criminalización que obligaría al legislador a argumentar sobre múltiples tópicos y a no tomar decisiones precipitadas y no razonadas. En cuanto a lo segundo, es el auténtico riesgo de cualquier modelo flexible: que en vez de para exigir una argumentación compleja sobre qué criminalizar, sirva para reducir las exigencias y adaptar la voluntad legislativa criminalizadora con más simpleza a las sucesivas exigencias. En otras palabras: ya no habría que justificar que una conducta daña un interés y bastaría, por ejemplo, afirmar, que ofende a la sociedad. Para evitar que se dé este defecto en el modelo criminalizador flexible podría, sin embargo, proponerse que las condiciones, al ser sucesivas, también marquen el tipo de criminalización posible, e incluso con diferencias cualitativas en cuanto al tipo de sanción aplicable. Así, si la conducta cumple los parámetros de criminalización establecidos en la exigencia “A”, puede ser criminalizada de un determinado modo, incluso con un concreto tipo de sanción y, si no los cumple, pero cumple los parámetros establecidos en la exigencia “B”, podría ser criminalizada, pero nunca del mismo modo, esto es, con la misma pena, que si cumpliera las exigencias “A”. Así el modelo de criminalización flexible no supondría nunca una flexibilización de las condiciones exigidas a una conducta para ser castigada de un determinado modo, sino de las condiciones para que una conducta pueda ser incluida en el Código penal. Teniendo en cuenta la diferencia cualitativa existente entre las sanciones privativas de libertad y las que no lo son, en términos de diferente afectación que las mismas suponen a la autonomía personal del individuo, ya puede verse la importancia que puede derivar de este condicionamiento del modelo flexible de criminalización desde mínimos.

He avanzado, pues, algunas ideas que debieran plasmarse en un modelo de criminalización flexible desde mínimos que, además, no sólo tenga en cuenta sino que incluso parta de los conceptos y la tradición jurídica germana, a mi parecer, significativamente más evolucionada en algunos desarrollos como la idea de peligro o el principio de solidaridad. Pero yendo, desde luego, mucho más allá de la simple idea de bien jurídico creando un modelo similar al planteado por Joel Feinberg en el que la valoración sobre la criminalización de una determinada conducta requiera de un juicio moral atendiendo a condiciones sucesivas generales, así como a las características particulares del comportamiento de que se trate. Las posibilidades de este trabajo, sin embargo, no permiten un desarrollo absoluto de las ideas comentadas de cara a la construcción de un árbol completo de decisión sobre la criminalización de conductas, pero sí puedo anticipar aquí el sentido y la finalidad de éste presentando un primer desarrollo centrado en la criminalización de conductas ofensivas, sobre lo cual versa este trabajo.

3.2. *¿Qué ofensas criminalizar? Aproximación a un árbol de decisión sobre la criminalización de conductas ofensivas*

El punto de partida para valorar la criminalización de conductas ofensivas es, lógicamente, reconocer que éstas existen como algo diferenciable a las conductas lesivas de intereses dignos de tutela. Hay conductas que se pueden criminalizar por constituir un daño, inmediato o remoto, a un interés digno de tutela; hay otras, sin embargo, cuya razón de criminalización estriba en que las mismas conllevan la violación de derechos de otros al ofender gravemente a la persona afectando a aspectos esenciales de su autonomía personal. Lo relevante, por tanto, y en eso asiste razón a Hörnle, no es tanto el estado emocional como la violación del derecho del otro que pueda demostrarse que conlleva el acto ofensivo, la concreta afectación de derechos (o intereses) que ello supone. El concepto social de ofensa remite, en efecto, y tal y como puso de manifiesto Feinberg, a la causación de efectos relacionados con estados emocionales que son vagos por ser esencialmente subjetivos: son vagos porque el disgusto, el desagrado, la insatisfacción, el rechazo, son imprecisos y no sencillos de medir, y la razón esencial de que no sean fáciles de medir es que son subjetivos, las consideramos apreciaciones personales de forma que un mismo hecho puede producir desagrado en una persona y en otra no. Sin embargo, y sobre la base de dichos estados subjetivos, es posible objetivar o generalizar el carácter ofensivo de algunas conductas. Es decir, es posible afirmar que una conducta, por su potencialidad para afectar a la sensibilidad de cualquier persona independientemente de las características personales que tenga, es ofensiva. Lo relevante aquí es la sensibilidad de las personas y los sentimientos y emociones, no que efectivamente se ven afectadas, sino que pueden sufrir por el hecho de ser objeto de una conducta que tiene capacidad para ello. Esta idea objetiva de ofensa va más allá de la propia sensibilidad de la persona: es posible que alguien sea objeto de una ofensa y no se sienta ofendido y también que alguien se sienta ofendido y no sea objeto de una ofensa. Además, la ofensa no tiene porqué ir dirigida a una persona en concreto ni sufrida por alguien determinado, se puede ofender a una colectividad, intencionalmente o no, cuando la conducta, que es potencialmente ofensiva, es también potencialmente dirigida a ofender a un grupo de personas determinado o indeterminado.

A mi parecer esta idea de que lo ofensivo (criminalizable) sea aquello potencialmente apto para ofender a cualquiera independientemente de sus sentimientos individuales, liga con la exigencia, afirmada por Feinberg, recalcada por Von Hirsch y Simester y por Duff desde planteamientos diversos, y convertida en elemento central por Hörnle²⁷², de que lo relevante (y determinante) del carácter ofensivo de la conducta es que esta sea un actuar ilícito, esto es, que conlleve (en

²⁷² Vid. *supra* págs. 23 y ss.

términos de Von Hirsch) una falta de consideración (objetiva, añadido yo) hacia otro, en el sentido de que pueda afirmarse por parte de quien o quienes la reciben que tenían derecho a no ser objeto de ella. La normativización de la ofensa se produce al objetivarla, al separarla de la percepción individual y pronunciar, no sólo sobre la base de normas jurídicas concretas sino, incluso, de valoraciones sobre lo socialmente permitido, que la conducta es, en sentido general, ofensiva.



Gráfico 2. Árbol de criminalización (Daños y ofensas). Elaboración propia.

La conducta ofensiva, pues, no constituye la causación de un daño, aunque sí el quebrantamiento de un derecho de alguien, y puede ser criminalizada en cuanto sea grave y el medio penal sea proporcional. Aquello que hiere la sensibilidad o los sentimientos de otro, pero que no quebranta ninguno de sus derechos no es una ofensa conforme al sentido normativo y restrictivo que le estamos atribuyendo y que es muy similar a las propuestas de Von Hirsch y Simester, Hörnle y, a mi parecer, no tan lejano del propuesto por Feinberg²⁷³. Ahora bien, que pueda criminalizarse la ofensa que conlleve la violación de un derecho pero que no lesione o dañe, efectiva y objetivamente²⁷⁴, aquellos intereses esenciales para el desarrollo de la autonomía personal del individuo, no significa que la criminalización pueda llevarse a cabo del mismo modo que si la conducta sí conlleva un daño. Como ya se ha dicho, el modelo flexible de criminalización desde mínimos es preferible frente al rígido si no conlleva una debilitación de las exigencias criminalizadoras, la cual se produciría de facto si permitimos castigar lo que no es un daño como si lo fuera. Lo que aquí se defiende no es eso, sino aceptar una criminalización “debilitada” de aquellas conductas que, desde una perspectiva moral, pueden ser criminalizadas no constituyendo un daño. La debilitación consiste en la prohibición de utilizar las

²⁷³ Vid. *supra* págs. 9 y ss.

²⁷⁴ Véase el concepto restrictivo de daño, con este modelo que defiende, sostenido por BAKER, D. J.: *The Right Not..., ob. cit.*, págs. 61 y ss. Sobre todo en lo relativo al que el daño tiene que ser objetivo y real y que, con un desarrollo aplicado a los supuestos más difíciles, podría restringir significativamente la criminalización de conductas “a modo de daño”.

penas privativas de libertad como consecuencias jurídicas aplicables a los delitos que sancionen conductas ofensivas. Al fin y al cabo, una ofensa se caracteriza, en su límite máximo, por no constituir un daño, esto es, por no lesionar los intereses que conforman la autonomía personal, y es tal afectación a la autonomía personal, la única que puede justificar otro atentado a la autonomía del individuo como es la privación de libertad. Coincido, pues, con Raz²⁷⁵, y también con Baker, al sostener que las conductas ofensivas no pueden ser sancionadas con penas privativas de libertad²⁷⁶, si bien discrepo con este último, como con Husak²⁷⁷, en que ello derive de un derecho fundamental a no ser criminalizado, sino del derecho fundamental a la libertad reconocido en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho y del que se deriva el Derecho a la autonomía personal. Con esto, a mi parecer, daríamos un paso mucho más importante que el que se da con la simple afirmación de que “el Derecho penal no debe proteger sentimientos” o la de que las ofensas no pueden sancionarse por vía penal. El Derecho penal, cuando la conducta que viole los derechos de otro, no esté justificada por otro derecho, resulte grave y no haya otro medio de intervención proporcional como el civil o administrativo, puede sancionar una ofensa, pero no puede imponer para ello la misma pena que sí puede imponer cuando se lesionan intereses esenciales de otro.

Por otra parte, y continuando con el árbol de decisión de la criminalización de conductas ofensivas que estoy desarrollando, resulta esencial realizar una diferenciación entre las ofensas que se pueden criminalizar y las condiciones que debieran exigirse a ellas en cada caso. La diferenciación surge de si la conducta ofensiva afecta o no a los derechos de un determinado individuo. La criminalización, en el primer caso, se producirá si viola los derechos de alguien, si no se puede decir, en tal caso, que el agente tuviera derecho a actuar del modo que lo hace conforme a la confrontación entre el significado (en términos de licitud) de su actuar y el significado (en términos de ilicitud, también) de los efectos de tal actuar, siempre que la ofensa se pueda considerar grave y cuando el medio penal no sea desproporcionado tanto desde una perspectiva deontológica de proporcionalidad con lo hecho como consecuencialista en términos disuasorios.

²⁷⁵ RAZ, J.: *The morality of....*, ob. cit., pág. 421.

²⁷⁶ BAKER, D. J.: *The Right Not....*, ob. cit.

²⁷⁷ HUSAK, D.: *Overcriminalization: The Limits....*, ob. cit.

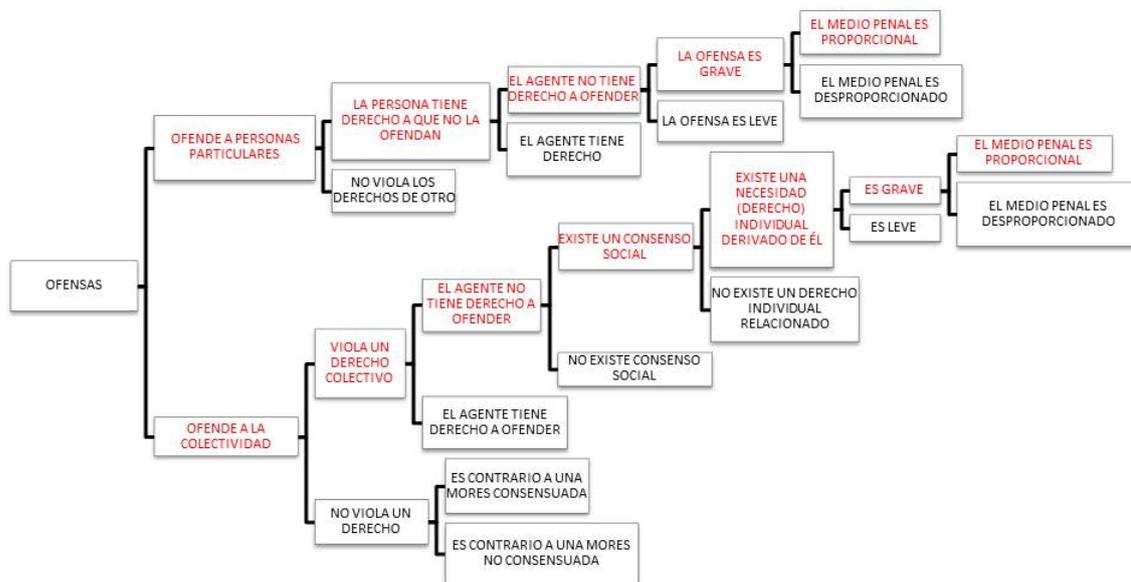


Gráfico 3. Árbol de criminalización de conductas ofensivas. Elaboración propia.

Hay que tener en cuenta que no es necesario, para que se trate de una ofensa que viole los derechos de otro, que ésta se dirija, por parte del agente, a alguien concreto ni que coincida con quien se siente ofendido y ve afectados sus derechos: puede ser una conducta ofensiva con destinatario indeterminado que, sin embargo, al ser percibida o recibida por alguien conlleve una violación de los derechos de éste. Así, por ejemplo, la blasfemia o conductas de humillación a las víctimas del terrorismo, algunas expresiones negacionistas percibidas por víctimas del genocidio de que se trate o incluso conductas de exhibicionismo en lugares en los que pueda haber menores, no se dirigen contra nadie, pero pueden en determinados supuestos violentar los derechos de otros. Y que liguemos la criminalización a que sea así, además de a la gravedad de la ofensa, conllevará, por tanto, que tenga que probarse, para la condena, un derecho de alguien afectado por la realización de la conducta.

Hay otras conductas que no se dirigen ni afectan efectivamente a un particular pero que pueden resultar ofensivas al conllevar una grave falta de respeto a valores colectivos esenciales tales como la tolerancia, el respeto a los animales, a los símbolos del Estado a la memoria de los muertos, etc. Estas conductas están generalmente más cerca de constituir meros ilícitos morales criminalizados por ser contrarias a una determinada mores más o menos consensuada, que de constituir auténticas violaciones de derechos colectivos. Sin embargo, es posible encontrarnos con conductas que, no conllevando la violación de ningún Derecho individual,

como podría ser el maltrato animal realizado en privado (puesto que si se realiza en público podría justificarse la criminalización de la ofensa porque la persona en concreto que lo puede observar tiene derecho a sentirse ofendido por la realización del mismo), puede considerarse no sólo que violan un derecho colectivo, sino que el mismo está basado en la existencia de un consenso social prácticamente unánime que configura, además, un derecho individual de las personas que conforman la sociedad a que no se realice tal tipo de conducta. Estas conductas podrían ser criminalizadas, siempre que no exista algún otro tipo de norma social (por ejemplo, de tipo cultural) que autorice la realización de las mismas. De nuevo, en todo caso, debería de tratarse de conductas que ofendan a la colectividad gravemente, no debiendo ser criminalizadas las conductas que sólo lo hagan de forma leve como, a mi parecer, sucede en conductas no equiparables al maltrato animal como la zoofilia o la explotación sexual animal. Además las sanciones no deberían ser nunca privativas de libertad.

Conviene dejar claro para terminar algo que, pese a que ha sido advertido durante todo el trabajo, puede llevar a decepción al lector que esperaba una toma de decisión sobre las ofensas concretas que suelen ser objeto de criminalización en los diferentes textos penales de los distintos Estados: no es este el lugar para responder a las preguntas concretas, y para cada caso, de qué es ofensa y qué no y de qué puede ser, y de qué modo, criminalizado. Hacerlo sería contradictorio con lo advertido durante todo este tiempo de que la difícil cuestión de qué debe ser criminalizado y qué no, difícilmente puede resolverse exclusivamente con principios generales relativos a condiciones genéricas de conductas indeterminadas, puesto que requiere del análisis concreto de las condiciones de cada ofensa. Ni se puede insistir en una idea y en una implicación derivada de ella que, en realidad, ya fueron expresadas mucho mejor por Feinberg. La primera, que es necesario ser extremadamente cautos en la legitimación de la intervención penal, aun siendo con penas no privativas de libertad, por suponer la conducta una ofensa que viola los derechos de otros. De ahí que sea razonable establecer límites a tal criminalización. Algunos de ellos ya los he venido expresando, y son los que conforman el árbol de criminalización de ofensas que hemos analizado, aunque tienen que ser concretados para cada conducta. A ellos podrían sumarse los que propone Feinberg como estándares a tomar en consideración a la hora de la criminalización de una ofensa²⁷⁸. Sólo argumentando por medio de la comparación entre la gravedad de la ofensa para los derechos de la persona o el colectivo, y la relevancia de la conducta ofensiva para el desarrollo personal del sujeto que la realiza, pero también para la construcción de un Estado en el que no se modelice al sujeto sino que se respete la autonomía personal, debería decidir el legislador sobre la incriminación de este tipo de conductas.

²⁷⁸ FEINBERG, J.: *Offense to Others...*, *ob. cit.*, págs. 26 y ss.; y págs. 35 y ss.

BIBLIOGRAFIA

- Alexander, L.: “The legal enforcement of morality”, en Frey, R. G. / Heath Wellman, C.: *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Malden, 2003.
- Alonso Álamo, M.: “Sentimientos y Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, 2012.
- Ambos, K.: “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 2, 2013.
- Ashworth, A.: “Is the Criminal law a lost cause?”, *Law Quarterly Review*, vo. 116, núm. 2, 2000.
- Ashworth, A.: *Principles of Criminal law*, 4th edition, Oxford University press, Oxford, 2003.
- Baker, D. J.: “The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material: Criminalizing Privacy Violations.”, *Singapore Law Review*, vol. 26, 2008.
- Baker, D. J.: *The Right Not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law’s Authority*, Ashgate Publishing, Ltd., Surrey, 2011.
- Bernal del Castillo, J.: “Recensión a Andrew P. Simester and Andreas Von Hirsch, Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation, Hart Publishing, Oxford, 2011 (reprinted 2014), 237 páginas, por Jesús Bernal del Castillo”, en *Indret*, 3/2015.
- Burgees-Jackson, K.: “Our Millian Constitution: The Supreme Court's Repudiation of Immorality as a Ground of Criminal Punishment”, en *Notre Dame JL Ethics & Pub. Poly*, vol. 18, 2004.
- Dershowitz, A. M.: “Mill, On Liberty”, en Mill, J.S.: *On liberty & Utilitarianism*, Bantam Classic, NY, 1993.
- DeBacker, D. A.: *Harmful Offense to Others: A “New” Liberty-Limiting Principle and the ‘New Child Pornography*. Disponible en Internet, en [https://digitalarchive.wm.edu/bitstream/handle/10288/462/Devin+DeBacker,+Philosophy+Honors+Thesis+\(Spring+2008\).pdf?sequence=1](https://digitalarchive.wm.edu/bitstream/handle/10288/462/Devin+DeBacker,+Philosophy+Honors+Thesis+(Spring+2008).pdf?sequence=1). Última visita el 4 de julio de 2015.
- Devlin, P.: *The Enforcement of Morals*, Liberty Fund Edition, 1965.
- Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Dripps, D. A.: “The Liberal Critique of the Harm Principle”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 17, núm. 2, 1998.
- Duff, R.A.: “Harms and wrongs”, *Buff. Crim. L. Rev.*, núm. 13, 2001-2002.
- Duff, R. A. / Marshall, S. E.: “How offensive can you get?”, en Von Hirsch, A. / Simester, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- Duff, R. A.: *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- Duff, R. A.: “Towards a Modest Legal Moralism”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2013.

- Dworkin, G.: "Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality", en *William & Mary Law Review*, Volume 40, Issue 3, Article 11.
- Dworkin, G.: "The Limits of the Criminal Law", en Deigh, J. / Dolinko, D.: *The Oxford Handbook of philosophy of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Feijoo Sánchez, B.J.: "Retribución y prevención general", en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 20, 2007.
- Feinberg, J.: *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 1984.
- Feinberg, J.: *Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- Feinberg, J.: *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 3, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- Feinberg, J.: *Harmless wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- Frisch, W.: "Transformaciones del Derecho penal como consecuencia del cambio social", en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 21, 2014.
- Garland, D. W.: *The culture of control: Crime and social Order in contemporary society* University of Chicago Press, Chicago, 2002.
- Gimbernat Ordeig, E.: "Presentación", en Hefendehl, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- González Cussac, J. L.: "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", *Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
- Great Britain. Committee on Homosexual Offences, and Prostitution. *The Wolfenden report: report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, Stein and Day, 1963.
- Harcourt, B.: "The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in *United States v. Windsor*, John Stuart Mill's Essay on Liberty (1859), and HLA Hart's Modern Harm Principle.", en *U of Chicago, Public Law Working Paper*, núm. 437, 2013.
- Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.
- Hefendehl, R.: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln, 2002.
- Hefendehl, R.: (Ed.): "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", en *Derecho penal y Criminología*, núm. 67, 2004.
- Hefendehl, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Hörnle, T.: "Offensive Behavior and German Penal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2001.
- Hörnle, T.: *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.
- Hörnle, T.: "Legal Regulation of Offence", en Von Hirsch, A. / Simester, A. P.: *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- Hörnle, T.: "La protección de sentimientos en el StGB", en Hefendehl, R. (Coord.): *La*

- teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Hörnle, T.: “Das verbot des Geschwistersinzeß – Verfassungsgerichtliche bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 61, 2008.
- Hörnle, T.: “Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 6, núm. 3, 2012.
- Hörnle, T.: “Theories of Criminalization”, en Dubber, M.D / Hörnle, T.: *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, NY, 2014.
- Hörnle, T.: “Rights of Others”, in Criminalisation Theory”, en Simester, A. P. / du Bois-Pedain, A. / Neumann, U.: *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014.
- Hughes, G.: “Morals and the Criminal Law”, en *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1962.
- Husak, D.: “Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations”, en Von Hirsch, A. / Simester, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- Husak, D.: *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, USA, 2008.
- Husak, D. N.: “Guns and Drugs: Case Studies on the Principled Limits of the Criminal Sanction”, *Law and Philosophy*, núm. 23, 2004.
- Kekes, J.: “The enforcement of morality”, en *American Philosophical Quarterly*, Nº. 37 (1), 2000.
- Lacey, N.: *State Punishment. Political principles and community values*, Routledge, London, 1994.
- Lascuraín Sánchez, J. A.: “Cuándo Penar, cuánto penar”, en Lascuraín Sánchez, J. A. (Dir.): *El principio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.
- Luna, E.: “The overcriminalization phenomenon”, en *American University Law Review*, vol., 54, núm. 3, 2005.
- Manes, V.: *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Giappichelli Editori, Torino, 2005.
- Marshall, S. E. / Duff, R. A.: “Criminalization and Sharing Wrongs”, en *Can JL and Jurisprudence*, vol. 11, 1998.
- MacCormick, N.: “Moralistic Case for A-Moralistic Law, A.”, en *Val. UL Rev.*, vol. 20, 1985.
- Mill, J. S.: *On Liberty & Utilitarianism*, Bantam Classic, NY, 1993.
- Miró Llinares, F.: “Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversian Devlin vs. Hart”, en Prensa.
- Moore, M. S.: *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1997.
- Moore, M. S.: “A tale of two theories”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 28, núm. 1, 2009.
- Moore, M. S.: “Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal”, en Duff, R. A / Farmer, L. / Marshal, S. E. / Renzo, M. / Tadros, V.: *Criminalization. The political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Murphy, J. G.: “Moral Reasons and the Limitation of Liberty”, en *William and Mary Law Review*, vol. 40, 1998.

- Murphy, J. G.: "Legal moralism and retribution revisited.", en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 1, núm. 1, 2007.
- Persak, N.: *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, Springer Science & Business Media, New York, 2007.
- Petersen, T. S.: "No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges.", en *Criminal Law and Philosophy*, 2015.
- Rando Casermeiro, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Raz, J.: *The morality of freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- Raz, J.: "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle", en Gavison, R (Ed): *Issues on Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford University Press, 1989.
- Roberts, P.: "Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation", en Von Hirsch, A. / Simester, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- Roxin, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Auflage, München, 2006.
- Roxin, C.: "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en Hefendehl, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Roxin, C.: "Zur strafbarkeit des Geschwistersinzests – Verfassungsgerichtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften", en *Strafverteidiger*, núm. 29, 2009.
- Schwartz, L. B.: "Morals Offenses and the Model Penal Code", *Columbia Law Review*, vol. 669, núm. 10.2307, 1963.
- Scoccia, D.: "In Defense of "Pure" Legal Moralism.", en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013.
- Seelmann, K.: "Verhaltensdelikte – Strafe als Kulturschutz?", en *청주법학*, vol. 27, núm. 단일호, 2006.
- Seelmann, K.: Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?", en Müller – Dietz, H. et al.: *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007.
- Seelman K.: "Es el respeto un deber jurídico", en Seelman K.: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Silva Sánchez, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- Simester, A. P / Von Hirsch, A.: *Crimes, Harms and Wrongs. On the principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011.
- Smith, S. D.: "The Hollowness of the Harm Principle", *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 05-07, 2004.
- Stanton-Ife, J.: "The Limits of Law", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter, 2014.
- Stanton-Ife, J.: "What is the Harm Principle for?", en *Criminal Law and Philosophy*, 2014.

- Stewart, H.: “Harms, Wrongs, and Set-backs in Feinberg’s Moral Limits of the Criminal Law”, en *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 47, 2001-2002.
- Stratenwerth, G.: “Zum Begriff des Rechtsgutes”, en Eser, A./ Schittenhelm, U. / Schumann, H. (Ed.): *Festschrift für Theodor Lenckner*, München Beck, Múnich, 1998.
- Stratenwerth, G.: “Zur legitimation von “Verhaltensdelikten”, en von Hirsch, A. / Seelmann, K. / Wohlers, W.: *Mediating Principles*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006.
- Stratenwerth, G.: “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en Hefendehl, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Thompson, J. J.: “Feinberg on Harm, Offense, and the Criminal Law: A Review Essay”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 4, 1986.
- Thompson, S: *Critical Exchange. Understanding and regulating hate speech: A symposium on Jeremy Waldron’s The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.
- Tomlin, P.: “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, en *Ethics*, Vol. 124, No. 2 (January 2014),
- Von Hirsch, A “The offence principle in Criminal Law: Affront to sensibility or wrongdoing”, en *The King,s college law journal*, nº11, 2000.
- Von Hirsch, A. / Simester, A. P.: *Incivilities: Regulating offensive behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.
- Wall, S.: “Enforcing Morality”, en *Criminal Law and Philosophy*, Springer, 2013, nº 7.
- Westmoreland, R.: “Prohibiting immorality”, en *Public Affairs Quarterly*, Vol.3, Nº4, October, 1989.
- Wohlers, W.: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlín, 2000.
- Wohlers, W.: “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en Hefendehl, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Wohlers, W.: “Verhaltensdelikte: Standard, Ausnahme –oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?”, en Böse, M, Sternberg-Lieben (Eds.): *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009.
- Wohlers, W.: “Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces”, en Simester, A.P. / du Bois-Pedain, A / Neumann, U.: *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas Von Hirsch*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregón, 2014.