

BIEN JURÍDICO Y HARM PRINCIPLE: BASES TEÓRICAS PARA DETERMINAR LA «FUNCIÓN GLOBAL» DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

UNA SEGUNDA CONTRIBUCIÓN PARA UNA TEORÍA COHERENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL*

Kai AMBOS**

Observación Preliminar

El derecho penal internacional actual («DPI») sufre de al menos cuatro deficiencias teóricas referidas a su «concepto y significado», el «ius puniendi» (derecho supranacional para castigar), la «fun-

* Título original: «The overall function of International Criminal Law: striking the right balance between the Rechtsgut and the harm principles» (manuscrito). Traducción de Carolina Aguilera Marinovic, revisada por el autor. Una versión alemana de este trabajo fue publicado en la *Festschrift für Jürgen Wolter*, Berlin 2013; el original español fue publicado en el *Libro en Memoria del Prof. Enrique Cury*, Santiago de Chile 2013. Dedico entonces esta versión española a estos dos grandes penalistas.

** Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August, Gotinga. El autor agradece al *Institute for Advanced Studies* de la Hebrew University de Jerusalén por el apoyo recibido durante sus meses sabáticos, durante el invierno 2011/12, como investigador senior (Senior Research Fellow). Además, agradezco a los profesores Andrew Ashworth, Andrew von Hirsch y Victor Tadros (Reino Unido) y al Dr. Liat Levanon Morag (Jerusalem/Londres), así como al profesor Uwe Murmann (Gotinga) por sus valiosos comentarios a este artículo.

ción o propósito global» y los «fines de la pena». Estos temas están íntimamente relacionados entre sí y, particularmente, cualquier reflexión relativa a los últimos dos temas sin haber previamente aclarado el significado del *ius puniendi*, carecería de todo sentido. Como se ha argumentado en otros lugares¹, en una primera contribución hacia una teoría coherente del DPI, el *ius puniendi* se puede inferir a partir de una combinación de la supranacionalidad incipiente de un orden mundial basado en los valores y los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos, sobre el fundamento de un concepto kantiano de dignidad humana. A partir de ello, ahora es posible examinar la función global del DPI. Teniendo en cuenta de que el DPI no ha alcanzado el estatus de una disciplina autónoma, la búsqueda debe comenzar por el debate respecto de la protección del bien jurídico y la prevención del daño (*harm principle*) como funciones generales del derecho penal nacional (infra II), para luego analizar si y cómo los hallazgos pueden ser transferidos al DPI (infra III).

I. Objeto y propósito de la investigación

En este punto me interesa la pregunta fundamental acerca de la justificación del derecho penal en un Estado de Derecho ¿Por qué utilizar el derecho penal? ¿Cuál es su función y propósito general? ¿Esta función y propósito también se aplican al DPI? La cuestión se reduce a la discusión sobre los conceptos de bien jurídico (*Rechtsgut*) y *harm* (daño).

Distingo esta pregunta de la cuestión más específica acerca de los propósitos del castigo en el derecho penal *stricto sensu*, es decir, la cuestión de si y cómo se puede justificar la imposición de una pena terrenal, que oscila entre un reproche (más bien) deontológico (solo retribución, *Vergeltung* o compensación) y uno (más bien) utilitarista/consecuencialista (la disuasión, la estabilización/refuerzo de las

¹ AMBOS, «Punishment without a sovereign? The *ius puniendi* issue of International Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 33 (2013), de próxima aparición; versión alemana en GUTMANN/JAKL/STÄDTLER/WITTECK (eds.), *Evolution – Entwicklung – Epigenesis des Rechts* (Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie, Münster, 2012), ARSP-Beiheft 2013, de próxima aparición; en español: *Persona y Derecho*, n.º 68 (2012-I, a ser publicado en 2013), de próxima aparición. Para un resumen de mi posición véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press, Oxford, 2013), pp. 56 ss.

normas). He tratado esta pregunta en otros lugares² y aquí solo lo haré para referirme a ella en la conclusión por medio de un corolario derivado de los resultados de la investigación sobre la cuestión de la función general del DPI.

II. El punto de partida teórico: la protección del bien jurídico y la prevención del daño (*harm*) como funciones generales del derecho penal

1. *Observaciones preliminares*

La función del derecho penal se hace cargo, primordialmente, de la pregunta de qué es lo que el legislador puede y debe prohibir a sus ciudadanos bajo amenaza de castigo ¿Pero de acuerdo con qué estándar debería el legislador decidir esta cuestión? ¿Qué comportamiento debe y puede el Estado prohibir? ¿Debería poder prohibir cualquier acto que considere inmoral, indecente o anti-social, como alguna vez se discutió entre Lord Devlin y H.L.A. Hart³ y los teóricos anteriores y posteriores a ellos? La gama de patrones de conducta que el Estado debería tipificar como delito no puede ser fácilmente determinada. En gran medida depende del sistema de valores de una sociedad dada y, por lo tanto, es hasta cierto punto relativa⁴. De hecho, si bien puede haber delitos principales que apuntan a la protección de bienes y valores fundamentales (especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad) y que, por tanto, cuentan con un apoyo prácticamente universal⁵, la mayoría de las prohibiciones penales cambian con el transcurso del tiempo al igual que sus respectivas penas y, al mismo tiempo, distintas infracciones pueden ser

² AMBOS/STEINER, *Juristische Schulung* 2001, 9 ss.; en español: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), 2.^a Época. N.º 12 (julio 2003), 191 ss.; AMBOS (supra nota 1) (Treatise), 67 ss.

³ Ver infra notas 42 ss. y texto principal.

⁴ Véase en este sentido PASTOR, *El poder penal internacional – Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma* (Ed. Atelier, Barcelona, 2006), p. 24, haciendo hincapié en la tarea casi imposible del DPI de intentar coordinar valores culturales regionales a nivel internacional. Por esta razón, más adelante el autor sostiene que por esta razón el DPI no sólo es un proceso político de expansión, sino que también uno «axiológico», p. 25.

⁵ El argumento se ha formulado para crímenes internacionales esenciales en AMBOS (supra nota 5). Consecuentemente, no hay lugar a un desafío relativista, véase infra nota 120.

entendidas como legítimas en diferentes lugares. Lo que es punible hoy puede ser socialmente aceptado mañana debido a un cambio en las actitudes sociales de la población. Si bien hay que ser cuidadosos al invocar el sentimiento popular como base de una política criminal racional –piense en el principio nazi del «sano sentimiento popular» («gesundes Volksempfinden»)– es difícil ignorar del todo actitudes sociales bien fundadas. Después de todo, la aceptación social o el rechazo de ciertas formas de comportamiento constituyen –nos guste o no– los cimientos colectivos de nuestra política criminal. Así, un cambio radical en las actitudes sociales podría ocasionar que un Estado se abstenga de un castigo o que lo introduzca.

De gran importancia para la adaptabilidad de un sistema de justicia penal es la medida en que es capaz de liberarse de las exigencias de encarnar un orden moral o religioso. La separación entre el Estado y la religión ciertamente existe en el mundo occidental, pero también aquí todavía existen ofensas morales que el Estado considera como dignas de castigo. Menos flexibles, por supuesto, son los sistemas legales cuyos delitos son dictaminados por la religión, donde la religión y la ley están estrechamente conectadas entre sí, como se puede apreciar especialmente en los estados islámicos basados en el Corán⁶ pero también en el judaísmo (ortodoxo) basado en la Torah.⁷ Así, el consumo de alcohol está estrictamente prohibido bajo la legislación islámica, basada en la *Sharia*⁸, al menos según algunas autoridades (en este caso, nuevamente, hay lugar para distintas

⁶ KHADDURI, *The Islamic Conception of Justice* (JHU Press, Baltimore, 1984), p. 135: «En el Islam, la Ley (Shari'a) está íntimamente entrelazada con la Religión, y ambas son consideradas la expresión de la voluntad de Dios y la Justicia, pero mientras el objetivo de la Religión es definir y determinar fines –justicia y otros– la función de la Ley es indicar el camino (el término Shari'a en efecto otorga este significado) por medio del cual la justicia de Dios y otros fines se realizan». Véase también ALAREFI, «Overview of Islamic Law», *International Criminal Law Review*, ICLR 9 (2009), pp. 707-731; KAMALI, *Shari'ah Law – An Introduction* (Oneworld Publications, Oxford, 2008), pp. 14 ss.

⁷ Vgl. VON DANIELS, *Religiöses Recht als Referenz* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2009), pp. 20 s.

⁸ De acuerdo a KHADDURI (supra nota 6), pp. 214 ss., los estudiosos legales islámicos en Egipto son reticentes a secularizar el código penal. Esto es confirmado por el hecho de que la nueva Constitución de Egipto (aprobada por referendo el 29 de Noviembre de 2012) aún provee (como la antigua Constitución de 1971) en su artículo 2º, para la jurisprudencia Islámica (Sharia), como la principal fuente de derecho egipcio; sobre esta llamada «Reserva Islámica» véase NAEEM, «Einflüsse der Religionsklausel auf das Verfassungsrecht in den islamisch geprägten Ländern», en KRAWIETZ y REIFELD (ed.): *Islam und Rechtsstaat* (Konrad-Adenauer Stiftung, Sankt Augustin, Berlin, 2008), pp. 77 ss.

interpretaciones)⁹. Contrariamente a eso, en un Estado liberal de Derecho, el derecho penal en general sirve a un propósito particular: se supone que debe garantizar la protección de la convivencia pacífica de los seres humanos en la comunidad¹⁰. Se discute, sin embargo, qué es lo que exactamente protege el derecho penal para lograr este propósito¹¹: ¿Bienes jurídicos? ¿Intereses? ¿Normas?¹² ¿O la ley penal sirve/debería servir a la prevención del daño? Las dos justificaciones principales –protección de bienes jurídicos y la prevención del daño– serán tratadas en los apartados siguientes.

2. *Protección de bienes jurídicos*

La opinión de que el derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos se remonta a los escritos de los penalistas ale-

⁹ La prohibición (*al-haram*) de consumir alcohol –que se aplica, por lo demás, a todos los tipos de drogas intoxicantes– puede encontrarse en el Corán, Sure al-Maida 5:93, citado de acuerdo a AL-QARADAWI, *Verbotenes und Erlaubtes im Islam* (SKD Bavaria Verlag & Handel, Munich, 1989), p. 67. AL-QARADAWI, loc. cit., p. 73, señala que el castigo en estos casos se prevé por el Corán mismo (el llamado castigo-hadd en oposición al tazir en caso de ofensas que el Corán prohíbe, pero para los cuales no prescribe una sanción, en vez de dejar su regulación al gobierno). KHADDURI (supra nota 6), p. 216, sostiene, por el contrario, que el consumo de alcohol no necesariamente se prohíbe bajo amenaza de castigo por el Corán, sino que el Corán meramente aconseja en contra.

¹⁰ Véase, por ejemplo, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil* (5.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996), p. 2.

¹¹ Véase para una discusión general ORMEROD, Smith & Hogan Criminal Law (13.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011), pp. 10-11; ASHWORTH, *Principles of Criminal Law* (6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009), pp. 1 ss.; ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Vol. I (4.ª ed., Beck, Munich, 2006), § 2, pp. 14-15; *Fletcher*, *The Grammar of Criminal Law*, Vol. I (Oxford University Press, Oxford, 2007), p. 37, identifica tres potenciales puntos de partida para la inferencia de que la conducta debiese ser tratada como criminal: (i) deber, (ii) daño, y (iii) norma.

¹² En la función normativa-estabilizadora del derecho penal, véase JAKOBS, *Strafrecht – Allgemeiner Teil* (De Gruyter, Berlin, 1991), § 1, números marginales («mn.») 4 ss., 11 («La tarea del castigo es la preservación de la norma como un modelo orientador de la conducta social»; traducción del alemán por el autor). Jakobs invoca el concepto del Rechtsgut sólo como un «filtro a la dañosidad social» (filtro de *Sozialschädlichkeit*, loc. cit., § 2 mn. 24-25; énfasis en el original); sin embargo, las normas no se protegen en razón de sí mismas, sino porque ellas protegen algo digno de protección, por ejemplo, bienes jurídicos. Por lo tanto, en último término las teorías normativas también deben desvelar el contenido material de las normas correspondientes (una crítica similar en ROXIN, „Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, *Festschrift für Winfried Hassemer* [C.F. Müller, Heidelberg, 2010], pp. 573-597, 593 s.). Respecto de las teorías del *Sozialschädlichkeit* véase infra notas 99 y 112.

manes Franz Birnbaum¹³, Karl Binding¹⁴ y Franz von Liszt¹⁵ sin que ellos, sin embargo, asignaran al concepto de bien jurídico el potencial crítico y liberal¹⁶ que hoy le atribuye la opinión predo-

¹³ Birnbaum ya desarrolló al principio del siglo XIX su teoría de la violación de «bienes» («Güter») como un pre-requisito para calificar la conducta como un crimen («Verbrechen») rechazando la antigua teoría de la «violación de derechos» («Rechtsverletzung») desarrollada por Kant y Feuerbach, véase BIRNBAUM, «Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens», en *Abegg et al.* (ed.): *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge* (C. A. Schwetschke, Halle, 1834), pp. 149-194; véase en la aproximación de BIRNBAUM y SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»* (Helbing & Lichtenbahn, Basel, 1962), pp. 19-24; *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft – Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens* (Dissertation, Frankfurt a. M., 1972), pp. 43-51; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht* (C. Heymanns, Köln, 2002), pp. 15-18; SWOBODA, «Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 122 (2010), pp. 24-50, pp. 27-28. Véase sobre la «teoría de la violación de los derechos» en SINA, loc. cit., pp. 9-13; AMELUNG, loc. cit., pp. 16-28; *Hefendehl*, loc. cit., pp. 12-15; SWOBODA, loc. cit., pp. 26-27.

¹⁴ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. I (1.ª ed., W. Engelmann, Leipzig, 1872), p. 189 («Die Verursachungsverbote lassen sich nur daraus erklären, dass der durch die verbotene Handlung bewirkte Zustand den Interessen des Rechts widerspricht, während der Zustand vor der Handlung diesen Interessen entsprach. Alle diese Zustände, die durch Änderung nicht verdrängt werden sollen, sind für das Recht von Wert: Man kann sie Rechtsgüter nennen»). Véase también SINA (supra nota 13), pp. 41-47; AMELUNG (supra nota 13), pp. 73-82; SWOBODA (supra nota 13), pp. 29-30.

¹⁵ VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW* 3 (1883), pp. 1-47, p. 19 («Lebensbedingungen der staatlichen Gemeinschaft» como «rechtlich geschützte Interessen: Rechtsgüter»); véase SINA (supra nota 13), pp. 47-54; *Amelung* (supra nota 13), pp. 82-94; SWOBODA (supra nota 13), pp. 30-32. Para una explicación fundamental en la génesis histórica del concepto empezando desde la teoría de los bienes de Birnbaum a comienzos del siglo XIX véase SINA (supra nota 13), pp. 14-99; AMELUNG (supra nota 13), pp. 15-329; VORMBAUM, «Birnbaum und die Folgen», en GUZMÁN DÁLBORA y VORMBAUM (ed.): *Johann Michael Franz Birnbaum – Zwei Aufsätze* (Lit Verlag, Münster, 2011) pp. 93-117 (98-113).

¹⁶ Es controvertido en particular qué teoría - la (antigua) teoría de la violación de los derechos o la (subsecuente) teoría de los bienes - tiene un potencial más crítico y liberal con una mirada hacia la criminalización de la conducta humana, véase un instructivo debate reciente entre GUZMÁN DÁLBORA, «Inhalt und aktuelle Bedeutung der Rechtsgutstheorie im Werk von Johann Michael Franz Birnbaum», en GUZMÁN DÁLBORA y VORMBAUM (supra nota 15), pp. 67-92 (85-92 ss., defendiendo la contribución de Birnbaum a la teoría del Rechtsgut como un proyecto liberal) y VORMBAUM, supra nota 15, pp. 93-117 (96-116); VORMBAUM, «Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 123 (2011), pp. 660-690, 672-673 (considerando la teoría de la violación de los derechos como un proyecto más liberal). En el último sentido, aparentemente también KAHLO, «Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht», en HEFENDEHL/VON HIRSCH y WOHLERS (eds.): *Die Rechtsgutstheorie* (Nomos, Baden-Ba-

minante¹⁷. De todos modos, es bastante polémico si tal potencial realmente existe. Además de ser criticada por imprecisa, arbitraria e inconsistente en sus variaciones¹⁸, se argumenta que el concepto no confiere un criterio sustantivo (normativo) para decidir qué bienes o intereses debieran ser protegidos por la ley penal y cuáles no. Esta decisión, por lo que las críticas continúan, se basa más bien en juicios de valor (preexistentes) que tienen que

den, 2003), pp. 26-38 (29-30) remontándose y ligando su definición del *Rechtsgut* a la teoría de los derechos en el sentido de un «Recht der Subjektivität». Véase sobre esta controversia también SINA, supra note 13, pp. 24-27. Claramente, mientras la teoría de los derechos se basó en la idea de un contrato social que crea derechos ciudadanos que deben ser protegidos por el Estado por medio de la ley (penal) (cf. NAUCKE, «Der materielle Verbrechenbegriff im 19. Jahrhundert», en KLIPPEL [ed.]: *Naturrecht im 19 [Jahrhundert, 1997]*, pp. 269-291, p. 280), el movimiento hacia el concepto del *Rechtsgut* implicó aseverar su enlace a la teoría del Estado (en una corriente similar *Hefendehl*, supra note 13, p. 18), sin, empero, soltarlo completamente (sobre el concepto crítico del bien jurídico y la idea del contrato social ver infra nota 112).

¹⁷ Véase por la doctrina dominante HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (Athenäum-Verlag, Frankfurt a. M., 1973), pp. 19 ss. (distinguiendo entre un sistema inmanente y una función crítica); *él mismo*, en KINDHÄUSER y NEUMANN y PAEFFGEN (ed.): *Strafgesetzbuch, Vol. I* (3.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010), observación preliminar para § 1, mn., 110-115, (113); *el mismo*, «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 57-64; ROXIN (supra nota 11), § 2, mn. 7-12, 50 (quien, sin embargo, ve un cierto «cansancio del Rechtsgut», mn. 120); SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en *Schünemann et al.* (ed.): *Festschrift Claus Roxin* (De Gruyter, Berlin, New York, 2001), 1-32, p. 29; *el mismo*, «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), 133-154, pp. 133-134, 154 con varias referencias; HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 5-8, 148-149; *él mismo*, «Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 119-132; en el resultado también VORMBAUM (supra nota 16), p. 688; SWOBODA (supra nota 13), p. 50 (después de una revisión crítica a los enfoques alternativos en pp. 37-49).

¹⁸ Véase la crítica fundamental de AMELUNG (supra nota 13), pp. 261-272 (271: falta de claridad del concepto) y STRATENWERTH, «Zum Begriff des 'Rechtsguts'», en ESER y SCHITTENHELM y SCHUMANN (ed.): *Festschrift für Theodor Lenckner* (C. H. Beck, Munich, 1998), pp. 377-391, pp. 378-381 («Vielfalt an zumeist nicht näher begründeten Definition»); conc. hasta ahora ROXIN (supra nota 11), § 2, mn. 2-3; más recientemente WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* (Duncker & Humblot, Berlin, 2000), pp. 213 ss.; *el mismo*, «Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutskeptikers», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 281-285, p. 281; HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus* (Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 2005), pp. 11 ss.; VON HIRSCH, «Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 13-25, p. 18; SEHER, «Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 39-56, pp. 44, 46; FRISCH, «Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 215-238, en pp. 216-218 («Relativität, Weite und Vagheit», p. 217).

ser acordados antes e independientemente de los bienes jurídicos posteriormente establecidos. Así, el concepto no responde a la pregunta de la legitimidad, sino que, a lo más, deriva la respuesta de los valores subyacentes o principios de legitimación de la criminalización. No es un concepto primario, sino secundario¹⁹, no tiene poder analítico en sí mismo²⁰ e incorporarlo en el concepto implicaría estirarlo excesivamente²¹. Además, hoy día el concepto no sólo sirve como justificación para los delitos de resultado *stricto sensu*, es decir, delitos que protegen ciertos bienes jurídicos clásicos (la vida, la integridad corporal, la libertad) contra su violación, sino que justifica, por un lado, también los denominados delitos de peligro, o sea la criminalización (adelantada) de *conductas* meramente (abstractamente) *peligrosas*,²² e incluye, por

¹⁹ Cf. SEHER (supra nota 18), pp. 45-56 (en particular refiriéndose a Feinberg y haciendo un llamado a la legitimación de principios de criminalización que deben ser plausibles y generalmente aceptables); en una línea similar FRISCH (supra nota 18), pp. 216-227 (limitado potencial crítico no sólo debido a la ambigüedad, pero sobre todo porque la decisión del *Rechtsgut* está usualmente pre-determinada por ordenamientos jurídicos no penales o por otros juicios de valor pre-legales, pp. 219-222, y porque la existencia de un *Rechtsgut* no alcanza a responder la pregunta decisiva de la legitimidad de usar el derecho penal, pp. 222-226); SEELMANN, *Rechtsgutskonzept*, «'Harm Principle' und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 261-267, pp. 261-262 (verdaderos criterios de criminalización no previstos); WOHLERS (supra nota 18) («Tagung»), p. 281 (el recurso a normas externas). Incluso los defensores de los principios del concepto del *Rechtsgut* como ROXIN (supra nota 11), § 2, mn. 7-12 deben recurrir a factores externos como las funciones generales del derecho penal y los derechos constitucionales. Resumiendo las críticas más recientemente STUCKENBERG, «Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutstheorie – Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* («GA»), 158 (2011), pp. 653-661, pp. 656-658; VORMBAUM (supra nota 15), pp. 116-117.

²⁰ STRATENWERTH (supra nota 18), pp. 388-389; VON HIRSCH (supra nota 18), p. 25; Seher (supra nota 18), p. 39; FRISCH (supra nota 18), pp. 216-222.

²¹ SEHER (supra nota 18), pp. 44, 54; FRISCH (supra nota 18), p. 222 (sobreestimación del concepto); HEFENDEHL (supra nota 17), p. 119 (quien ve esto, sin embargo, como partidario de los principios del concepto como pedirle demasiado).

²² Para una convincente sistematización analítica de la ambigua categoría del *Gefährdungsdelikte* (delitos de peligro) véase VON HIRSCH y WOHLERS, «Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 196-214, pp. 198-199 distinguiendo entre delitos preparatorios («Vorbereitungsdelikte»), delitos cumulativos («Kumulationsdelikte») y delitos concretos de peligro («konkrete Gefährlichkeitsdelikte») con referencias a sus antiguos trabajos en n. 9. Acerca de la importancia de la estructura del delito en este respecto, véase también FRISCH (supra nota 18), pp. 227-228 quien de todas formas advierte, con razón, que los resultados de un análisis estructural no responden las subyacentes preguntas de valor relativas a la legitimidad de la criminalización (esto también es admitido por VON HIRSCH y WOHLERS, loc. cit., p. 199). Respecto del *Gefährdungsdelikte* sólo ve un problema de legitimidad en aquellos delitos de

otro lado, bienes jurídicos *colectivos* –de modo creciente– en el ámbito de protección penal.²³

peligro *abstracto* donde la ausencia de un daño actual a un interés legítimo no es sólo un tema de suerte, i.e. particularmente en el caso de los antes mencionados delitos cumulativos (pp. 234-238). Crítica relativa a estas ofensas también en *Roxin* (supra nota 11), § 2 mn. 80-82 quien generalmente demanda una clara conexión a un Rechtsgut (loc. cit., mn. 68-69; *el mismo*, supra nota 16, pp. 589 s.). KINDHÄUSER, «Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte», Festschrift Krey (Kohlhammer, Stuttgart, 2010), 249-68 (260-2, 268) porporciona esta vinculación en cuanto expone de un modo convincente que los bienes jurídicos no sólo son atacados mediante su modificación sustancial o su destrucción, es decir, su lesión propiamente tal (por ejemplo, destrucción de la propiedad), sino también mediante una conducta previa, (concretamente) peligrosa, en la medida en que la producción del daño depende meramente del azar o no se encuentran garantizadas –debido a su puesta en peligro– las condiciones básicas para la utilización del bien jurídico. Sobre un «modelo de protección de bienes jurídicos en el estadio previo a la lesión del bien jurídico» orientado a las investigaciones policiales en ese estadio previo véase KRAL, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 169, 183 ff., quien significativamente considera posible apreciar un bien jurídico en ese estadio precisamente cuando «los potenciales de amenaza (...) se mezclan en último término con suposiciones difusas de riesgo, que por sí mismas no justifican una afectación de derechos fundamentales» (184).

²³ Para una teoría de los *Kollektive Rechtsgüter* véase HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 5-235, 378-386 y (supra nota 17), pp. 121-132 (distinguiendo *a grosso modo* entre aquellos *Rechtsgüter* que protegen las condiciones constitutivas de la libertad de los ciudadanos y aquellas que protegen al Estado y sus instituciones, y sostener su legitimidad depende de combinaciones de estructura del *Rechtsgut* y del delito que deberán ser analizados caso a caso). Véase también SCHÜNEMANN (supra nota 17) («Rechtsgüterschutzprinzip»), pp. 149-153 (sosteniendo que el concepto del Rechtsgut por un lado demuestra su potencial restrictivo respecto a intereses legales colectivos «aparentes», pero por otro lado también justificando delitos controversiales como los que protegen el medioambiente). – El concepto personal del Rechtsgut («personal Rechtsgutsbegriff»), defendido en particular por HASSEMER (en *Kindhäuser et al.*, Strafgesetzbuch Vol. I, supra nota 17, mn. 131-148), enfatiza los intereses legales individuales (véase ya *von Liszt*, supra nota 15; conc. STRATENWERTH (supra nota 18), p. 388; crit. AMELUNG, „Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz«, in: HEFENDEHL *et al.*, supra nota 16, pp. 155-182 [161-163]; *Roxin*, supra nota 16, 591 s.; HEFENDEHL, supra nota 13, pp. 61-67), une los «Kollektive Rechtsgüter» a las personas y sus intereses individuales protegidos por ellos (véase HASSEMER [supra nota 17], p. 57; STERNBERG-LIEBEN [infra nota 30], pp. 67-68, 69). Para una crítica fundamental véase STRATENWERTH, «Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 255-260, 266, sosteniendo que el concepto de «Kollektivrechtsgüter» puede ser dispensado dado que o bien los respectivos fenómenos afectan intereses individuales o la decisión de criminalización puede ser en última instancia justificada como la protección de normas de conducta que son centrales al consenso normativo de una determinada sociedad (sobre normas de conducta como una expresión del mínimo consenso social véase también STRATENWERTH (supra nota 18), pp. 386-387, 390-391; conc. HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 52-59 respecto a «Pönalisierung von Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen» [56]; crit. ROXIN, supra nota 16, pp. 592 s

En este contexto, no es sorprendente que el Tribunal Constitucional alemán jamás haya dado al concepto del bien jurídico un valor determinado en la evaluación de la compatibilidad de las disposiciones de la ley penal con la Constitución²⁴. De hecho, como fue confirmado recientemente en una decisión acerca de la constitucionalidad del delito de incesto²⁵, el Tribunal Constitucional siempre ha considerado que el concepto del bien jurídico no establece requisitos más rigurosos que la tradicional prueba de la proporcionalidad²⁶. Consiguientemente, desde una perspectiva constitucional, la única cuestión pertinente es si la restricción de los derechos fundamentales asociada a la comisión de un delito puede ser considerada proporcional, es decir, si sirve a la protección del público en general o de personas individualmente consideradas²⁷. Más concretamente, una prohibición penal debe ser necesaria («erforderlich»), adecuada («geeignet») y proporcional en sentido estricto («verhältnismäßig im engeren Sinne») en relación al objetivo o a los objetivos perseguidos²⁸. Esto último, normalmente el criterio decisivo, significa que la naturaleza y consecuencia de la interferencia en los derechos fundamentales deben estar balanceados con las razones y objetivos de esta intervención, que no debe ser desproporcionada, injusta o inadecuada²⁹.

²⁴ Para un análisis crítico de esta jurisprudencia véase *Schünemann* (supra nota 17) («Rechtsgüterschutzprinzip»), pp. 142-149; crit. también *Roxin* (supra nota 11), § 2 mn. 86-87, 89; id., FS Hassemer, 2010, 580-2.

²⁵ *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) (Corte Constitucional Federal Alemana), 26.II.2008, en 120 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), 224 (2008), http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html (esta versión fue citada en este trabajo).

²⁶ BVerfG 26.II.2008, § 39 («Strafnormen unterliegen von Verfassungen wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten»). Crit. la opinión disidente del Juez *Hassemer* (supra nota 17), párrafo 80 («Das ist in der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, die der Senat nur mit spitzen Fingern anfasst, seit langem ausgearbeitet»); conc. *Roxin*, supra nota 16, 581 s.

²⁷ BVerfG 26.II.2008, § 35 («Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet (...) dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient»).

²⁸ BVerfG 26.II.2008, §§ 36-37.

²⁹ BVerfG 26.II.2008, § 37 («Schließlich muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der *Zumutbarkeit* für die Adressaten des Verbots gewahrt sein [Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn]. Die Maßnahme darf sie *nicht übermäßig* belasten. Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem *gerechten Verhältnis* stehen müssen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe gestellten Verhalten

El enfoque del Tribunal Constitucional está en línea con el incremento de la «constitucionalización» del derecho penal (*Strafverfassungsrecht*) que, respecto del debate en torno al bien jurídico, ha producido esfuerzos importantes en orden al enriquecimiento constitucional del concepto, o incluso a su sustitución³⁰. Sin embargo, cualquier aproximación constitucional se enfrenta con el problema de que la Constitución no establece reglas especiales ni límites para el derecho penal³¹, particularmente respecto

nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein [énfasis del autor]). *In casu*, la mayoría del senado consideró que el delito de incesto cumple con este criterio de proporcionalidad (ibid., §§ 51-62). En contra la opinión disidente del Juez Hassemer (supra nota 17), paras. 73-128. La decisión de la Corte fue confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declarando que la criminalización del incesto no viola el artículo 8 de la Convención, *Stübing vs. Germany*, Appl. N.º 43547/08 (12.IV.2012).

³⁰ Véase en particular LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1996); *el mismo*, «Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 83-88, 86; STÄCHELIN, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat* (Duncker & Humblot, Berlin, 1998); APPEL, *Verfassung und Strafe* (Duncker & Humblot, Berlin, 1998); HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 42-110. Véase para una combinación del estándar constitucional con el concepto del bien jurídico HASSEMER, en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 58-64; *Roxin*, supra nota 11, § 2 nm. 86-94; *el mismo*, supra nota 16, 577-9, 586 («Übermaßverbot»); STERNBERG-LIEBEN, «Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 65-82; particularmente sobre el requisito de proporcionalidad HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 83-107 (basándose en gran medida en Lagodny); BÖSE, «Grundrechte und Strafrecht als, Zwangsrecht», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 89-95, pp. 91 ss.; BUNZEL, «Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 96-118, pp. 96 ss. El «concepto del *Rechtsgut* personal» (supra nota 13) también tiene una base constitucional ya que es predicada de la autonomía personal de los ciudadanos en un *Rechtsstaat* que necesitan ciertos «bienes jurídicos» para disfrutar de manera completa su libertad (cf. STERNBERG-LIEBEN, loc. cit., pp. 67-68; de modo similar ROXIN, supra nota 16, 577-9; KINDHÄUSER, supra nota 22, 257). Desde una perspectiva tan centrada en la persona, sin embargo, es difícil explicar la protección de otros bienes jurídicos impersonales. Así, por ejemplo, la protección ampliamente difundida de los derechos de los animales por parte del derecho penal en varios países occidentales (en Alemania, esta protección incluso tiene cimientos constitucionales, véase el artículo 20 a *Grundgesetz*; crit. AMELUNG, «Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz», en HEFENDEHL *et al.* [supra nota 16], pp. 155-182, p. 161 con pie de página [«fn.»] 35), difícilmente puede ser justificada con un concepto personal del *Rechtsgut* (generalmente crit. AMELUNG, loc. cit., pp. 161-163; crit. también *Hefendehl* [supra nota 13], pp. 61-67; yendo más allá de su concepto liberal del *Rechtsgut* entonces ROXIN [supra nota 11], § 2, mn. 55-56; *id.*, supra nota 16, 594-6 centrándose en la responsabilidad de los hombres por las condiciones naturales de la vida y la creación).

³¹ BÖSE (supra nota 30), p. 91; SWOBODA (supra nota 13), p. 36; diferenciando SCHÜNEMANN (supra nota 17) («Rechtsgüterschutzprinzip»), p. 142; pero véase tam-

de la infracción de derechos individuales, y que la prueba de la proporcionalidad constitucional no es suficientemente precisa para hacer que un determinado resultado sea de algún modo previsible³². De hecho, es justo decir que la prueba de constitucionalidad y los juicios de valor inmanentes son lo suficientemente abiertos como para justificar prácticamente cualquier resultado, es decir, una disposición del derecho penal sólo sería declarada inconstitucional en circunstancias muy excepcionales, a saber, cuando no puede ser justificada por ningún fin social superior³³. Desde esa perspectiva, el concepto del bien jurídico no parece ser tan vacío ni vago como señalan sus críticos. En cualquier caso, pareciera que es capaz de limitar el derecho penal de una forma más eficiente y significativa que el estándar constitucional de la proporcionalidad. Así, al menos puede servir como un concepto mediador entre las normas del derecho penal y la demasiado rudimentaria prueba de proporcionalidad.

3. *Prevención del daño*

La discusión paralela en el derecho angloamericano se centra en torno al principio del daño («harm principle»). Éste construye la justificación de la criminalización de conductas humanas en torno al concepto del «daño», en particular requiriendo «daño a otros» (actual). Sin embargo, como veremos más adelante, ha existido un importante debate relativo al uso del derecho penal para reforzar la moral, y al mismo tiempo enfoques más modernos han ampliado el principio de daño original, por ejemplo, mediante la inclusión del «riesgo de dañar» y el «hacerse daño a uno mismo».

bién AMELUNG (supra nota 13), pp. 261-273 (demostrando que las teorías del *Rechtsgut* del siglo XIX permanecieron en gran medida inmutadas por la post Segunda Guerra Mundial *Grundgesetz*).

³² BUNZEL (supra nota 30), p. 111 (sosteniendo que el legislador se beneficia de una amplia prerrogativa respecto de los propósitos perseguidos); en la misma línea ROXIN, supra nota 11, § 2 nm. 93; *el mismo*, supra nota 16, 584 s. («Beurteilungsermessen»); SWOBODA (supra nota 13), p. 45.

³³ En esta línea crit. con respeto a la «apertura» («Offenheit») de los juicios de valor constitucionales, véase también STERNBERG-LIEBEN (supra nota 30), pp. 69, 71, 77; BUNZEL (supra nota 30), p. 111; FRISCH (supra nota 18), p. 217; *Wohlers* (supra nota 18), («Tagung»), p. 282; ROXIN (supra nota 11), § 2, mn. 93 (reconociendo un «Beurteilungsermessen» legislativo); SWOBODA (supra nota 13), pp. 36-37, pp. 46-50; VORMBAUM (supra nota 16), p. 684.

La idea original del principio del daño fue articulada por John Stuart Mill en su ensayo «Sobre la libertad»³⁴. Allí sostuvo que «el único propósito para el cual el poder se puede ejercer legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que se dañe a terceros»³⁵. Esto es, por un lado, una especie de principio del daño *utilitarista*, que se centra en los *efectos* de la conducta que se prohíbe. Por otro lado, la penalización de la conducta respectiva debe apuntar a *prevenir* el daño, o sea, se trata de prevención en el sentido de un «principio preventivo *del daño*». Otra perspectiva se centra en la *propia conducta* y pregunta, tal vez de una manera más deontológica, si esta conducta es dañina (o arriesga daño)³⁶. Esta distinción no sólo es conceptualmente importante, sino que también tiene consecuencias prácticas: el principio del daño preventivo deja espacio para un equilibrio utilitario de los intereses afectados, mientras que el enfoque deontológico no toma en cuenta las consecuencias. Así, en el famoso caso del tranvía³⁷, en todas sus versiones, un enfoque deontológico no cuestionaría la ilicitud de sacrificar a una persona³⁸ para salvar a unos pocos, mientras que desde la perspectiva del principio del daño preventivo, tal conducta se considera correcta debido a que son más las perso-

³⁴ MILL, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government, Part II: On Liberty* (reimpreso en 1948, Dent, Londres, 1859).

³⁵ MILL (supra nota 34), p. 73. Vale la pena señalar que Mill cita el estudio de VON HUMBOLDT, «Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen», publicado por primera vez en 1852, en su traducción al inglés (*The Sphere and Duties of Government* [translated from the German of Baron W. von Humboldt, by J. Coulthard, Jun. 1854]), pero no se refiere a la afirmación de von Humboldt respecto de la función del Estado como garante de la seguridad de su ciudadanía de las «contravenciones a los derechos de los demás» («Kränkungen der Rechte andrer»). Véase también sobre Mill VON HIRSCH (supra nota 18), p. 14; HARCOURT, «The Collapse of the Harm Principle», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90 (1999), pp. 109-194, pp. 120-122, 187 (identificando como una dimensión normativa subyacente del principio de daño de Mill, una teoría de intereses reconocida como derechos legales). Crit. DUBBER, «Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie – Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht», *ZStW* 117 (2005), pp. 485-518, pp. 499 ss.; KAHLO (supra note 16), pp. 33-36.

³⁶ Véase sobre esta distinción TADROS, «Harm, Sovereignty, and Prohibition», *Legal Theory* 17 (2011), p. 35.

³⁷ En esencia, el caso describe una situación donde un tranvía atropellaría a varias personas (digamos cuatro), pero podía ser desviado a otro carril donde sólo una persona resultaría muerta. Véase para una variante a TADROS, *The Ends of Harm* (OUP, Oxford, 2011), p. 115 y para otra (relacionado a un puente) a TADROS (supra nota 36), p. 51.

³⁸ Esto siempre violaría el principio (kantiano) de medios, de acuerdo al cual será siempre errado dañar a una persona como medio para lograr un mayor bien en otros, cf. TADROS (supra nota 36), p. 52; véase generalmente loc. cit., pp. 113 ss.

nas que se salvan que las que se sacrifican. Por supuesto, desde una perspectiva sistemática, este argumento de equilibrio pertenece más bien a la defensa de la necesidad, es decir, es un argumento acerca de una posible justificación o excusa para una conducta que es, en principio, prohibida. De todos modos, un principio de daño preventivo es tal vez demasiado amplio ya que «casi cualquier posible regla de derecho penal inevitablemente previene la ocurrencia de alguna conducta dañina»³⁹ o evita alguna consecuencia más perjudicial. Esta tensión se manifiesta también en el debate sobre la criminalización de las infracciones a la moral, de la que ahora nos ocuparemos.

El principio del daño fue implícitamente confirmado en la década de 1950 por el famoso *Informe Wolfenden* de un Comité Ministerial inglés que, respecto a la criminalización de la homosexualidad y la prostitución, afirma que aquí «debe subsistir alguna esfera de moralidad e inmoralidad privada, que no es, en breves y crudos términos, un asunto legal»⁴⁰. En consecuencia, la homosexualidad y la prostitución sólo pueden ser legítimamente criminalizadas si causan efectos perjudiciales para la sociedad, o sea, daño a los demás⁴¹. Las conclusiones del Comité llevaron a una controversia entre la doctrina acerca de la finalidad del derecho penal, en particular, con respecto a aquellas conductas inmorales que carecen de víctima. Los dos principales adversarios eran, por un lado, Lord Devlin abogando por el fortalecimiento de la moral⁴² y, por otro lado, el filósofo del derecho de Oxford H.L.A. Hart⁴³, defendiendo el principio del daño⁴⁴. Devlin argumentaba básicamente que también era parte de la función del derecho el resguardo de principios morales, ya que cada sociedad mantiene su cohesión gracias a la moral⁴⁵, de modo que la defensa de esta moralidad era esencial para su supervivencia⁴⁶. La diversidad

³⁹ Tadros (supra nota 36), p. 51 (énfasis en el original).

⁴⁰ The Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 247 *Command Paper (Cmnd)* (1957), para. 61 («realm of private morality and immorality» not «the law's business»; véase también para. 257 («no es deber de la ley preocuparse de inmoralidades como tal» [«It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such.»])).

⁴¹ Esto fue rechazado respecto de la homosexualidad (supra nota 40, para. 62), pero afirmado respecto de la prostitución en las calles (supra nota 40, parag. 227, 275).

⁴² DEVLIN, *The Enforcement of Morals* (OUP, London, New York, 1965).

⁴³ HART, *Law, Liberty and Morality* (Stanford University Press, Stanford, 1969).

⁴⁴ Para una buena discusión del debate véase HARCOURT (supra nota 35), pp. 122-134, argumentando, inter alia, que fue, en esencia, una recapitulación del antiguo debate entre Mill y Stephen (loc. cit., p. 123).

⁴⁵ DEVLIN (supra nota 42), p. 10.

⁴⁶ DEVLIN (supra nota 42), p. 11; para un análisis de la tesis de la desintegración véase GALVIN, «Two Difficulties for Devlin's Disintegration Thesis», *The Philosophical*

moral pondría en peligro el tejido de la sociedad y sólo una ley penal basada en la moral proporcionaría la protección necesaria para su conservación⁴⁷. Como consecuencia, puede «no haber límites teóricos para la legislación contra la inmoralidad»⁴⁸. Interessantemente, sin embargo, Devlin reconoció que la veracidad de la moral era relativa y que dependía de la respectiva sociedad, es decir, aparentemente reconoció la relevancia de un daño social⁴⁹. En oposición, Hart, como positivista que distingue, en principio, entre derecho y moral⁵⁰, estuvo de acuerdo con el *Informe Wolfenden* y rechazó el argumento de Devlin según el cual cada cambio en las creencias morales de una sociedad conduciría inevitablemente a su destrucción por medio de la desintegración social⁵¹, es decir, que se requería de un refuerzo legal de la moral para la preservación de la cohesión social⁵². Para Hart, dicha comprensión de las fronteras de la moralidad era un absurdo, porque una sociedad jamás sería tan idéntica a su moralidad como para que un mero cambio en estas costumbres pudiera llevar a su destrucción⁵³. En cualquier caso, el enfoque de Devlin, centrado en los efectos de una determinada conducta (inmoral) en el «tejido social», puede ser fácilmente compatible con el principio preventivo y utilitario de daño que se discutió anteriormente. Por otro lado, la aproximación liberal matizada de Hart tiene un conflicto con su aparente -abiertamente paternalista y por lo tanto no liberal- aceptación de la criminalización de la autolesión («harm to self» [«daño a sí mismo»]⁵⁴).

Quarterly 37 (1987), pp. 420-423, p. 420.

⁴⁷ DEVLIN (supra nota 42), p. 11.

⁴⁸ DEVLIN (supra nota 42), p. 14.

⁴⁹ DEVLIN nunca aclaró esta ambigüedad en su posición. Véase GEORGE, «Social Cohesion and Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate», *American Journal of Jurisprudence* 35 (1990), pp. 15-46, 20; HARCOURT (supra nota 35), pp. 124-126.

⁵⁰ HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy, Part I - General Theory: Positivism and the Separation of Law and Morals* (Clarendon Press, Oxford, 1983), pp. 49, 78.

⁵¹ HART (supra nota 50), p. 50.

⁵² HART (supra nota 50), p. 71.

⁵³ HART (supra nota 50), pp. 51-52.

⁵⁴ Hart no es totalmente claro en este punto, pero parece ser que acepta a regañadientes la necesidad de una criminalización paternalista de aquellas conductas que causan daño a sí mismo. Hart critica el principio de Mill basado en el libre albedrío y consentimiento como «fantástico» (supra nota 43, p. 32) ya que existe un «rechazo general a la creencia de que los individuos conocen mejor sus intereses» (loc. cit.). Por esta razón la teoría del Mill ha sido modificada al punto que «dañar a otros es algo que aún podemos pretender prevenir mediante el uso del derecho penal, incluso cuando existe consentimiento de la víctima de participar o ayudar en actos que son dañinos para ellas» (loc. cit., p. 33). FEINBERG habla en este respecto del renuente

Joseph Raz sigue a Hart en su rechazo al reforzamiento de la moral mediante el derecho penal⁵⁵. Teniendo en cuenta el deber del Estado de promover el bien común, es decir, de crear las condiciones para que las personas puedan llevar una vida autónoma, no puede obligarlos a ser morales. Así, el Estado puede utilizar la coacción por medio del derecho penal sólo para prevenir la violación de la libertad y de la autonomía ocasionada por daños causados a terceros; no debe, sin embargo, utilizar la coerción para hacer cumplir «ideales morales» («moral ideals»)⁵⁶. En Alemania, la filósofa del derecho berlinesa Tatjana Hörnle tomó básicamente el mismo punto de vista de Hart en su obra fundamental sobre la sanción penal de atentados contra la moral, los sentimientos y los tabúes⁵⁷. En un primer paso, Hörnle distingue entre la «inmoralidad» y «delito»⁵⁸ y luego afirma, en un segundo paso, que las disposiciones que tipifican como delito sólo actos inmorales deben ser derogadas⁵⁹.

Volviendo al principio del daño, su irrupción⁶⁰ en el debate jurídico anglo-americano se logró finalmente a través del filósofo del derecho estadounidense Joel Feinberg, con su obra de cuatro tomos sobre los «Moral Limits of Criminal Law» («Límites morales de la ley penal»)⁶¹. Feinberg va sin embargo más allá de Mill en el senti-

consentimiento del paternalismo de Hart (Harm to Self [infra nota 61, 1986], p. 4) y él sólo acepta un tipo de paternalismo suave (cf. infra nota 64). Raz sigue a Hart en que entiende que el principio del daño en un sentido más amplio, incluyendo el daño a uno mismo (The Morality of Freedom, reimpression de 1989, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 412-413), pero una intervención paternalista debería ser predicada respeto de las condiciones de autonomía (p. 423).

⁵⁵ RAZ (supra nota 54), p. 420.

⁵⁶ RAZ (supra nota 54), el principio del daño «sets a limit on the means allowed in pursuit of moral ideals» [«limita los medios permitidos para perseguir ideales morales»].

⁵⁷ HÖRNLE (supra nota 18). Sobre la criminalización de sentimientos véase también *la misma*, «Der Schutz von Gefühlen im StGB», en HEFENDEHL *et al.* (supra nota 16), pp. 268-280.

⁵⁸ HÖRNLE (supra nota 18), pp. 11 ss., 467 ss.

⁵⁹ HÖRNLE (supra nota 18), pp. 482-483. Para HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 51-52 el castigo a la moral es inconstitucional.

⁶⁰ Para la discusión previa ligada a J. Hall, G. O. W. Mueller y O. C. Snyder véase ESER, The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime – A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests», *Duquesne University Law Review* 4 (1965-1966), pp. 345-417 (pp. 349-355).

⁶¹ FEINBERG, Harm to Others, Vol. I (OUP, Oxford, 1984); *el mismo*, Offense to Others, Vol. II (OUP, Oxford, 1985); *él mismo*, Harm to Self, Vol. III (OUP, Oxford, 1986); *el mismo*, Harmless Wrongdoing, Vol. IV (OUP, Oxford, 1988). Para un análisis profundo de la teoría de Feinberg véase SEHER, Liberalismus und Strafe – Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg (Duncker & Humblot, Berlin, 2000); para una crítica metodológica véase KAHLO (supra nota 16), pp. 31-32.

do de que ve una justificación moral de la criminalización no sólo en los casos de «harm to others» («daño a otros»)⁶², sino también si una conducta es considerada ofensiva para otros en un sentido más estricto («offense principle» [«principio de lesión»]⁶³). Feinberg también discute, pero rechaza, el paternalismo jurídico⁶⁴ y el mora-

⁶² FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61).

⁶³ FEINBERG, Offense to Others (supra nota 61). Feinberg básicamente argumenta que la prevención efectiva de un «delito grave (en oposición al daño o lesión) a personas distintas del actor» [«serious offence (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor»] es siempre una buena razón para criminalizar (loc. cit., p. 1). Conductas ofensivas relevantes en este sentido, de todas formas, sólo constituyen «conductas ilegales (que violan derechos)» [«wrongful (right-violating) conduct»], i.e., el así entendido «offense principle» requiere, como el «harm principle», de un *elemento de ilicitud*; contrario al lenguaje común, sin embargo, no es necesario que el acto ilícito sea tomada por la persona ofendida como ofensivo: «Se necesita que haya un ilícito, pero no que la víctima haya *sentido* el ilícito.» ([«It is necessary that there be a wrong, but not that the victim *feel* wronged»]; loc. cit., pp. 1-2; énfasis en el original). En cualquier caso, el estrecho concepto de una conducta (relevante) ilícita implica un espinoso problema al trazar la línea: Si el «ilícito es, de manera segura, menos que el daño» ([«offense is surely a less serious thing than harm»]; loc. cit., p. 2), debe ser distinguida de éste, pero entonces nace la pregunta de por qué razón moral este ilícito remanente y menor debería ser criminalizado y cómo debería distinguirse del castigo a la moral que Feinberg rechaza (supra nota 65; véase crit. *Seher* [supra nota 18], pp. 49-50). Feinberg propone un ejercicio de balance matizado tomando en consideración, del lado de la víctima, la seriedad del ilícito (intensidad y duración de la repugnancia producida, la facilidad para evitar el comportamiento ofensivo y la asunción voluntaria del posible riesgo) y, del lado del autor, la razonabilidad de su conducta (valor personal y social de la conducta, la motivación y las circunstancias) (*Feinberg*, loc. cit., pp. 26, 35, 44). Al final, sin embargo, no existe una «forma automática y matemática de llegar a una clara decisión correcta», «no hay un sustituto del juicio (...) el juez o el legislador está completamente solo» ([«no automatic mathematical way of coming to a clearly correct decision», «there is no substitute for *judgment* (...) the judge or legislator is entirely on his own»]; pp. 45-46, énfasis en el original). Para una crítica véase VON HIRSCH, «The Offence Principle in Criminal Law», *King's College Law Journal* 11 (2000), pp. 78-89, 78; *el mismo* (supra nota 18), pp. 22-23 (quien pasa por alto, sin embargo, cuando critica el principio de la ilicitud como demasiado subjetivista, la distinción de Feinberg entre el lenguaje ordinario y el significado técnico del principio); SIMESTER y VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs* (Hart, Oxford, 2011), p. 91 ff.; SWOBODA (supra nota 13), p. 39 (argumentando que Feinberg no explica por qué los sentimientos de otros deberían prevalecer sobre la libertad general de actuar).

⁶⁴ FEINBERG, Harm to Self (supra nota 61). Aunque no es de directa relevancia aquí, vale la pena señalar que Feinberg distingue entre distintas formas de paternalismo (loc. cit., p. 8) y opta, mucho más claramente que Hart, por un «suave anti-paternalismo» [«soft anti-paternalism»] liberal (loc. cit., pp. 12, 26) concluyendo: «Así somos conducidos a una doctrina liberal que, en sus efectos inmediatos, puede ser confundida con el paternalismo, pero que en esencia es bastante diferente, a saber, que el Estado tiene el derecho de impedir conductas que causan daño causado a sí mismo cuando, sólo cuando, es sustancialmente involuntaria, o cuando una intervención temporal es necesaria para establecer si es un acto voluntario o no» ([«We are thus led to a liberal

lismo jurídico⁶⁵ como justificaciones de la penalización. En cuanto a «dañar a otros», Feinberg distingue entre dos conceptos de daño⁶⁶: daño como «frustrar, entorpecer o derrotar un interés» («thwarting, setting back, or defeating of an interest»)⁶⁷, o bien, como el retroceso *ilícito* de un interés⁶⁸. Así, si bien es necesario algún efecto sustancial adverso en las cosas que representan nuestro bienestar⁶⁹, sólo las lesiones ilícitas deben ser prohibidas por el derecho penal⁷⁰. La ilicitud («wrongfulness») se define de la siguiente manera: «Una persona lesiona a otra cuando su indefensible (injustificable e inexcusable) conducta viola el derecho de los demás...»⁷¹, es decir, el agresor debe

doctrine which, in its immediate effects, can be confused with paternalism, but which is essentially quite different from it, namely that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct when but only when it is substantially non-voluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not.»]; loc. cit., p. 126). En casos de «una sola parte» («'single-party' cases»), siendo el suicidio el ejemplo más importante, Feinberg rechaza la criminalización ya que «un comportamiento absolutamente voluntario y concerniente a sí mismo no es asunto del derecho penal» ([«self-regarding and voluntary behavior is none of the criminal law's business»]; loc. cit., p. 143). En casos de «dos partes» («'two-party' cases»), i.e., donde el daño es causado por un autor, pero la víctima lo consintió, se aplica la misma regla si el consentimiento fue dado libremente (véase loc. cit., ch. 23-26 ocupándose de las posibles formas de insuficiencia en el consentimiento: fuerza coercitiva, ofertas coercitivas, creencias defectuosas e incapacidad). Véase sobre el paternalismo legal también VON HIRSCH (supra nota 18), p. 21; SIMESTER y VON HIRSCH (supra nota 63), pp. 141 ff.; SEHER (supra nota 18), pp. 51-52 (enfoque diferenciado).

⁶⁵ FEINBERG, Harmless Wrongdoing (supra nota 61). Para una buena discusión de las diferentes formas de moralismo véase SEHER (supra nota 18), pp. 52-54 (argumentando que los principios morales en un «estado impuro», i.e., protegiendo valores morales con miras a la prevención de consecuencias dañinas, puede justificar la criminalización anticipada de conductas aún no dañinas, i.e. una criminalización del llamado «Vorfeld»). SWOBODA (supra nota 13), p. 39 sostiene que el enfoque de Feinberg es «más honesto» que el alemán de invocar amplios *Scheinrechtsgüter* (infra nota 112) que sólo ocultan que, en realidad, la criminalización se basa en cierta moral pública.

⁶⁶ Aquí me refiero básicamente a FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), pp. 31-64.

⁶⁷ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 33.

⁶⁸ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 34.

⁶⁹ SIMESTER y VON HIRSCH (supra nota 63), p. 36.

⁷⁰ Véase el requisito de ilicitud con respecto al principio de lesividad (supra nota 63).

⁷¹ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 34 («One person *wrongs* another when his indefensible (unjustifiable and inexcusable) conduct violates the other's right»). Feinberg se refiere aquí a los derechos morales. Un derecho moral es un «reclamo dirigido contra los demás ciudadanos antes e independientemente de cualquier demanda de aplicación en contra del Estado» ([«a claim directed against one's fellow citizens prior to and independent of any claim of enforcement against the state»]; loc. cit., p. 111). Es una «demanda (...) dirigida a la conciencia de la opinión pública» ([«a claim (...) addressed to the conscience of the claimer or to public opinion»]; loc. cit., p. 110). Feinberg explica que *cualquier interés* (además de aquellos enfermos y malvados) es la base de un derecho moral; pero sólo intereses de bienestar también son la base de derechos legales (loc. cit., p. 112).

lesionar el derecho del agredido, los intereses de este último resultan así –en el sentido del mencionado «setting back»– desplazados. Este es el «sentido normativo» que el término debe tener «en cualquier formulación plausible del principio del daño»⁷². Por lo tanto, el requisito de ilicitud añade peso normativo al de otro modo meramente instrumental y naturalista principio del daño; se convierte en un principio que «se refiere a acciones ilícitas que conducen al daño»⁷³. Aunque, por supuesto, los efectos de la correspondiente conducta deben tomarse en cuenta, el entendimiento del daño en Feinberg es, sin duda, más deontológico que utilitario, centrándose más en la naturaleza de la conducta que en sus consecuencias.

Feinberg sugiere que el proceso de evaluar si se ha producido un daño comienza con «un punto de partida o referencia desde el cual el avance o retroceso [del interés] es trazado y medido»⁷⁴. En consecuencia, la producción o ausencia del daño siempre dependerá de la posición original de la persona posiblemente dañada, y el daño se convierte así en una «noción relativista»: «si uno es dañado a causa de un evento, éste se determina en relación a donde estaba antes, según si su posición ha mejorado o retrocedido»⁷⁵. No obstante, el concepto base también puede ser entendido en un sentido no relativista, esto es, que uno es dañado sólo cuando el propio interés se sitúe por debajo de la línea central, y por lo tanto es puesto en una «condición de menoscabo»⁷⁶. Feinberg emplea un total de ocho verbos para expresar las formas de daño⁷⁷.

Joseph Raz concibe el principio del daño como la «única base justificable para la interferencia coercitiva con una persona»⁷⁸ y lo relaciona con sus conceptos de libertad y autonomía, calificándolo

⁷² FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 34 («normative sense» ... «in any plausible formulation of the harm principle»).

⁷³ SIMESTER y VON HIRSCH (supra nota 63), p. 52 («about wrongful actions that lead to harm.»); pero véase en delitos independientes del daño loc. cit., pp. 50-1.

⁷⁴ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 53 («a starting point or 'baseline' from which the direction of advance or retreat [of the interest] is charted and measured»).

⁷⁵ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 54 («whether one is harmed by an event is determined by reference to where he was before, and whether his position has improved or regressed»).

⁷⁶ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 54 («harmed condition»).

⁷⁷ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), pp. 51-55 (51: «Los actos ... que dañan a las personas se han predicado (alternativamente) respecto de aquellos que (1) violan, (2) invaden, (3) ponen en peligro, (4) hacen retroceder, (5) someten, (6) reprimen, (7) impiden, y (8) condenan sus intereses» [„The acts ... that harm people have been said (alternatively) to be those that (1) violate, (2) invade, (3) impair, (4) set back, (5) defeat, (6) thwart, (7) impede, and (8) doom their interests.»]).

⁷⁸ RAZ (supra nota 54), p. 413 («only justifiable ground for coercive interference with a person»).

de un «principio de la libertad»⁷⁹. La relación se puede explicar de la siguiente manera: si la autonomía consiste en tener ciertas opciones y oportunidades y la posibilidad de usarlas, cualquier acción que prive a una persona de estas oportunidades o de su capacidad de utilizarlas es una forma de causar un daño a esta persona. Así, el daño consiste en la reducción de las oportunidades y por ende en la reducción de la autonomía y consiguiente libertad (entendido cualitativamente como será explicado en un momento abajo)⁸⁰. De hecho, el enfoque de Raz en la autonomía de las personas prepara un terreno para un principio independiente, que podría denominarse principio de autonomía o principio de no injerencia. Ripstein lo ha llamado «principio de soberanía» («sovereignty principle»)⁸¹. Por tanto, las libertades individuales de todos pueden compatibilizarse de la siguiente manera:

«cada persona tiene derecho a utilizar sus propias facultades como él o ella estime conveniente, de manera consecuente con la capacidad de otros para hacer lo mismo. La coherencia se logra a través de la conjunción de ideas de no injerencia y cooperación voluntaria. Nadie está autorizado a utilizar o dañar los medios o facultades de otra persona sin su permiso. Si todos se abstienen en este sentido, cada persona es independiente de todos los demás»⁸².

Por lo tanto, es un error criminalizar una conducta que no interfiere en forma relevante con la igual libertad de los demás. El evidente problema de estos conceptos basados en la autonomía, o en la libertad, es que adolecen de una falta de precisión en relación con los mismos conceptos (autonomía, libertad) que pretenden defender. Mientras uno puede estar de acuerdo con Ripstein en que el «único motivo para interferir con la capacidad de una persona para establecer y perseguir sus propios fines es la necesidad de proteger la libertad de otros»⁸³, esta declaración clama por una respuesta a la pregunta sobre dónde termina la propia libertad y comienza la de los demás. Más

⁷⁹ RAZ (supra nota 54), p. 413 («principle of freedom»).

⁸⁰ RAZ (supra nota 54), p. 413.

⁸¹ RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Phil. & Pub. Aff.* 34 (2006), pp. 215-245.

⁸² RIPSTEIN (supra nota 81), p. 233 («each person is entitled to use his or her own powers as he or she sees fit, consistent with the ability of others to do the same. The consistency is achieved through the joint ideas of noninterference and voluntary cooperation. No one is allowed to use or damage another person's means without his or her permission. If everyone forbears from doing these things, each person is independent of all the others»).

⁸³ RIPSTEIN (supra nota 81), p. 245 («only ground for interfering with one person's ability to set and pursue his or her own purposes is the need to protect the freedom of others»).

importante aun, cualquier concepto basado en la autonomía está *per definitionem* basado en la existencia de la autonomía y el libre albedrío de aquellos a quienes pretende proteger. Por tanto, las personas que carecen de autonomía, por ejemplo, los niños muy pequeños o personas con defectos cognitivos, no están cubiertos por el principio, a pesar de que tienen una necesidad especial de protección⁸⁴. Esto es válido en todo caso cuando se entiende la autonomía –en un sentido exigente (como posiblemente hace Raz)– como la capacidad de ser un legislador para sí mismo, por contraposición al concepto natural de libertad como libre arbitrio⁸⁵. Pues esta última existe en cada ser humano (con independencia de su capacidad para reglar su propia conducta) y por lo tanto siempre puede ser lesionada.

En cualquier caso, si bien la interpretación original y estrecha del daño se refiere a la *comisión* real de delitos («perjudiciales para los demás»), es decir, a una violación concreta de derechos con el consiguiente daño (primario) tangible (yendo más allá del principio del bien jurídico), está hoy en día fuera de toda controversia que el principio del daño también se satisface si sólo se provoca un riesgo de daño («risk to harm»)⁸⁶. De este modo Feinberg extiende el principio a la conducta penal esperada, discutiendo la creación real de un *riesgo de dañar a otros* como posible conducta prohibida penalmente⁸⁷.

⁸⁴ Para esta y otras críticas véase TADROS (supra nota 36), pp. 59-64. Tadros mismo propone un «principio más complejo» [«a more complex principle»], o sea, «uno que permita criminalizar una conducta sólo bajo la condición de que la conducta sea lesiva, o que la penalización de la conducta prevendría el daño, o si la penalización protegería a la gente en contra de interferencias a su soberanía» ([one that permits criminalization of conduct only on condition that the conduct is harmful, or that criminalization would prevent harm, or that criminalization would protect people against having their sovereignty interfered with]), p. 64), pero de hecho sólo combina los principios de daño y de soberanía que considera, por sí solos, insuficientes por razones prácticas y normativas («... dos fuentes importantes de demandas morales que carecen de un único fundamento» [... two important sources of moral demand that lack a single foundation.]), p. 64). Pero si ambos principios, por sí solos, «proveen fuentes independientes de legitimación para las prohibiciones penales» ([... provide independent sources of legitimate criminal prohibitions]), p. 65), ¿por qué entonces no es suficiente complementar el principio de daño con el de soberanía?

⁸⁵ Sobre esta distinción kantiana cfr. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat* (Nomos, Baden-Baden, 1989), pp. 130 ss. (137 ss.); le sigue MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht* (Springer, Heidelberg, 2005), pp. 167 ss. (169).

⁸⁶ SIMESTER y VON HIRSCH (supra nota 63), p. 44 («Derechamente candidatos a prohibición (...)»[«Straightforward candidates for prohibition...»]).

⁸⁷ FEINBERG, *Harm to Others* (supra nota 61), p. 190: «La aplicación legislativa del principio del daño también debe basarse en generalizaciones empíricas relativas a los posibles efectos de intereses estándar protegidos de varios tipos estándar de acciones peligrosas. El daño a intereses estándar debe ser prevenido prohibiendo

Feinberg hace una llamada al legislador a tener en cuenta tres factores, si es que va a penalizar la creación de un riesgo: la magnitud del daño posible, su probabilidad, y el «valor independiente de la conducta creadora de riesgo»⁸⁸. Para las situaciones en las que la conducta respectiva «no es ni totalmente inofensiva, ni directa y necesariamente dañina (...), pero que en algún grado crea un peligro»⁸⁹, Feinberg propone varias «reglas de oro» para el legislador⁹⁰. Andrew von Hirsch ha llamado a este ejercicio el «estándar

acciones que probablemente los invaden, pero ¿cuán probable debe ser el daño para justificar una prohibición penal?» («The legislative application of the harm principle must also be based upon empirical generalizations about the likely effects on protected standard interests of various standard kinds of threatening actions. Harm to standard interests must be prevented by prohibiting actions that are likely to invade them, but how probable must the harm be if it is to justify criminal prohibition?»). Véase también VON HIRSCH (supra nota 18), p. 15; ORMEROD (supra nota 11), p. 15; crítico refiriéndose a la definición de Feinberg, ASHWORTH (supra nota 11), p. 28; FLETCHER (supra nota 11), p. 39; KAHLO (supra nota 16), p. 32.

⁸⁸ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 191: «El concepto importante para el legislador, entonces, no es ni la magnitud del daño ni la probabilidad de dañar por sí solos, sino la suma de ambos, que se llama riesgo (...). El tercer factor crucial es el *valor independiente de la conducta creadora de riesgo*, tanto para el autor como para otros directamente afectados por él, y para la sociedad en general» («The important concept for the legislator, then, is neither magnitude of harm nor probability of harm alone, but rather the compound of the two, which is called risk (...). The crucial third factor is the *independent value of the risk-creating conduct* both to the actor himself, to others directly affected by it, and to society in general. [énfasis del autor]). Véase también loc. cit., p. 192 (a favor de una protección penal de «personas con extrañas vulnerabilidades [...] contra intentos deliberados y maliciosos de explotar su especial debilidad [...]» [«[P]ersons with rare vulnerabilities ... against deliberate and malicious attempts to exploit their special weaknesses ...»]), p. 195 (prohibición de «prácticas generalmente peligrosas como la posesión de armas de fuego [...] para todos menos algunos pocos excepcionales que pueden cargar con el peso de probar su especial necesidad y competencia» [«generally dangerous practice [like handgun possession] [...] for all except an exceptional few who can shoulder the burden of proving their own special need and competence»]).

⁸⁹ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 216 («... neither perfectly harmless nor directly and necessarily harmful ... but does create a danger to some degree»).

⁹⁰ FEINBERG, Harm to Others (supra nota 61), p. 216: «a. cuanto mayor es la gravedad de un posible daño, menor la necesidad de su probabilidad de ocurrencia para justificar la prohibición (...); b. cuanto mayor la probabilidad del daño, menor la necesidad de gravedad del daño para justificar la coerción; c. cuanto mayor la magnitud del riesgo de dañar, éste compuesto por gravedad y probabilidad, menos razonable es la aceptación del riesgo; d. cuanto más valiosa (útil) es la conducta peligrosa (...) más razonable es tomar el riesgo de las consecuencias dañinas (...); e. cuanto más razonable es el riesgo de dañar (el peligro), más débil es el caso que prohíbe la conducta (...)» («a. the greater the gravity of a possible harm, the less probable its occurrence need be to justify prohibition (...); b. the greater the probability of harm, the less grave the harm need be to justify coercion; c. the greater the magnitude of the risk of harm, itself compounded out of gravity and probability, the less reasonable it is to accept the

de análisis de daños» («Standard Harms Analysis»), que consta de tres pasos: (1) considerar la gravedad del eventual daño y su probabilidad, (2) ponderar en contra el valor social de la conducta y la restricción de la libertad del actor por una posible penalización, (3) tomar en cuenta ciertas restricciones colaterales de la penalización, por ejemplo, la infracción de los derechos de privacidad y a la libertad de expresión⁹¹.

Douglas Husak sigue a Feinberg no sólo en su enfoque deontológico del daño, centrado en la conducta, sino también en la ampliación del principio del daño a la prevención del riesgo de daño⁹². Su propuesta intenta perfeccionar el principio del daño extendido en tal forma y, sobre todo, formula cuatro requisitos copulativos con el fin de restringir la penalización: la conducta prohibida debe crear un «riesgo sustancial»⁹³, la prohibición debe lograr una «prevención eficaz»⁹⁴, el daño consumado también podría legítimamente haber sido prohibido («daño consumado» [«consummated harm»]⁹⁵) y el autor debe actuar con «cierto grado de culpabilidad»⁹⁶.

risk; d. the more valuable (usful) the dangerous conduct (...) the more reasonable it is to take the risk of harmful consequences (...); e. the more reasonable the risk of harm (the danger), the weaker is the case for prohibiting the conduct (...)'.

⁹¹ VON HIRSCH, «Extending the Harm Principle: 'Remote' Harm and Fair Imputation», en SIMESTER y SMITH (ed.), *Harm and Culpability* (reimpreso en 2003, Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. 259-276, p. 261; véase también SIMESTER y VON HIRSCH (supra nota 63), pp. 54-6.

⁹² HUSAK, *Overcriminalization – The Limits of Criminal Law* (OUP, Oxford, 2008), p. 159 («El derecho penal es apropiadamente utilizado no sólo para reducir el daño, sino que también para reducir el riesgo de dañar» [„The criminal law is appropriately employed not only to reduce harm but also to reduce the risk of harm»]).

⁹³ HUSAK (supra nota 92), pp. 161-162.

⁹⁴ HUSAK (supra nota 92), p. 162 («la proscripción en cuestión debe realmente reducir la probabilidad de que el daño último ocurra. Llamo a esto el 'requisito de prevención'» [«the proscription in question must actually decrease the likelihood that the ultimate harm will occur. I call this 'the prevention requirement'»]).

⁹⁵ HUSAK (supra nota 92), pp. 165-166 («el Estado no puede proscribir conductas para reducir el riesgo de un determinado daño a menos que el Estado estuviese autorizado a prohibir conductas que intencional y directamente causan el mismo daño» [«the state may not proscribe conduct to reduce the risk of a given harm unless the state would be permitted to proscribe conduct that intentionally and directly causes that same harm.»]). Por ejemplo, si es ilegítimo prohibir (intencional y directamente) una reducción de la productividad social, también es ilegítimo basar una prohibición de las drogas en un supuesto riesgo a la productividad».

⁹⁶ HUSAK (supra nota 92), p. 174 (esto «impide una responsabilidad de personas que crean un riesgo de dañar a menos que tengan algún grado de culpabilidad por el potencial daño final» [«who create a risk of harm unless they have some degree of culpability for the ultimate harm risked»]).

4. *Combinando los principios del Rechtsgut y del daño para rescatar un derecho penal liberal*

Tanto la idea del bien jurídico como el principio del daño muestran cierta afinidad, en cuanto que básicamente procuran elaborar una teoría de criminalización para distinguir «aquellas leyes penales que se justifican de aquellas que no»⁹⁷. Ambos esfuerzos son parte de un proyecto liberal de derecho penal⁹⁸ moldeado por su carácter de *ultima ratio* (excluyendo de cualquier penalización, en particular, las faltas meramente morales) y por los bien conocidos principios fundamentales de culpabilidad, legalidad y equidad procesal. En cierto modo, se puede considerar el principio del daño como el lado negativo del bien jurídico, en el sentido de que expresa el resultado sustancial y tangible de una violación del bien y las exigencias a la respectiva conducta dañosa. De hecho, el relato histórico de daño social («Sozialschädlichkeit») como base empírica y naturalista de cualquier teoría de la delincuencia (basada en la teoría del pacto social⁹⁹) –antes de su actual «idealización» o «normativización» por medio de teorías legales (como las teorías de la violación de derechos y del bien jurídico¹⁰⁰)– parece confirmar esta interpretación. Por otro lado, el concepto de bien jurídico puede contribuir al contenido normativo del principio del daño, puede «materializar» o «normativizar» el principio con respecto a los bienes jurídicos como su objeto de referencia. En otras palabras, el principio del *Rechtsgut*, si se encuentra lo suficientemente desarrollado como una teoría normativa, puede responder a la pregunta sobre qué tipo de daño debe ser prohibido por la ley penal y, por tanto, puede ayudar a encontrar una noción razonable de daño

⁹⁷ HUSAK (supra nota 92), p. 3.

⁹⁸ Véase en este sentido la definición de Feinberg de liberalismo referida a la «prevención del daño y de delitos» [«harm and offense prevention»] como «lejos las mejores razones (...) en favor de prohibiciones criminales» ([«far and away the best reasons (...) in support of criminal prohibitions»]; Harmless Wrongdoing [supra nota 61], p. 323).

⁹⁹ Cf. AMELUNG (supra nota 13), p. 10 (argumentando que el «Sozialschädlichkeit» constituye el «Grundprinzip jeder rationalen Strafrechtslehre»); sobre las raíces comunes del «harm principle» y el concepto del bien jurídico en este sentido también ROXIN, supra nota 16, 575. Sobre las raíces históricas de la teoría del daño social como parte y consecuencia de las teorías del contrato social y de la filosofía de la iluminación desde mediados del siglo XVIII, véase NAUCKE (supra nota 16), pp. 269 ss.; véase también HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 10-11 con sus respectivas referencias. Véase también infra nota 112.

¹⁰⁰ Véase supra nota 13.

penalmente relevante¹⁰¹. En efecto, tal daño puede ser definido como la violación real o potencial de intereses o bienes socialmente relevantes y reconocidos por la Constitución¹⁰², es decir, como daños a los intereses¹⁰³ o valores detrás de los bienes jurídicos. Por lo tanto, una teoría normativa del bien jurídico así entendida otorga substancia al de otro modo vacío (¿daño a qué?) principio del daño¹⁰⁴. Podría sostenerse que es este potencial de «materialidad» el que explica por qué algunos consideran que el concepto de bien jurídico es más elaborado que el principio del daño¹⁰⁵.

¹⁰¹ En contraste, complementando el concepto del *Rechtsgut* con el «principio de lesividad» [«offense principle»] (en esta línea VON HIRSCH [supra nota 18], pp. 22-24; SEHER [supra nota 18], pp. 49-51) no parece ser un camino promisorio dadas las cuestiones del trazado de línea mencionado más arriba (supra nota 63) y el hecho de que este principio no responde las cuestiones normativas subyacentes tampoco.

¹⁰² En una línea similar ESER (supra nota 60), p. 413, «prejuicio actual o potencial a intereses fácticos (...) social o constitucionalmente reconocidos» [«actual or potential prejudice to socially and constitutionally recognized... factual interests»], quien entiende el «bien jurídico» en un sentido dualista (pp. 376, 395, 412) compuesto de un «sustrato sociológico» [«sociological substratum»] (es decir un interés legal fáctico) basado en ciertos valores (constitucionalmente arraigados) (pp. 376-382, 394-938) normalmente provistos por un orden legal constitucional (pp. 398-407).

¹⁰³ La referencia a intereses (legales) ya se encuentra en MILL (supra nota 34), citando a Harcourt, en BINDING (como «Interessen des Rechts» [«intereses del derecho»], supra nota 14) y VON LISZT (supra nota 15), aunque aquí se sigue la comprensión de VON LISZT, relativa a intereses que se descubren empíricamente y se hallan socialmente legitimados, y no que simplemente han sido establecidos por ley. Fue más tarde usualmente repetido, e.g. por FEINBERG (supra notas 67 s. con texto principal) y en § 1.02 del Modelo de Código Penal referido al «daño a intereses individuales o públicos» («harm to individual or public interests»). Véase también STRATENWERTH (supra nota 18), pp. 379-380; *von Hirsch* (supra nota 18), pp. 16-18 (violación de un interés en el sentido de un recurso perteneciente como un derecho a una persona y en cierta medida similar al *Rechtsgut*); *Seher* (supra nota 18), pp. 46-48. Sin embargo, el recurso al «interés» para definir el concepto del *Rechtsgut* ha sido criticado desde que el «interés» sólo expresa cierto valor que merece ser protegido sin constituir en sí mismo un «algo» («Etwas») material que puede ser violentado (STRATENWERTH [supra nota 18], p. 380; conc. *Hefendehl* [supra nota 13], pp. 30-31). Mientras esta crítica formalmente acertada, de hecha, ya ha sido hecha de manera similar por BIRNBAUM (supra nota 13), espec. pp. 180-183 respecto del concepto de «derecho» en la «teoría de derechos» de Feuerbach opuesto al «bien» en su subsecuente «teoría de los bienes» (supra nota 13), no debería ser exagerado, ya que ambos conceptos («Rechtsgut» e «interés») son ambiguos y al menos en la discusión angloamericana el uso extendido del «interés» normalmente abarcaría los objetos tangibles de estos intereses. Adicionalmente, no se debe omitir que el «Rechtsgut» también va más allá de meros objetos tangibles, como lo demuestra la discusión acerca de la diferencia entre el «Rechtsgut» y el «Handlungsobjekt» (objeto físico de la respectiva conducta): véase e.g. HEFENDEHL (supra nota 13), pp. 39-41.

¹⁰⁴ En el vacío de un «simple principio del daño» [«simple harm principle»] que ignora cualidades morales, véase HARCOURT (supra nota 35), pp. 183, 187.

¹⁰⁵ Véase FLETCHER (supra nota 11), pp. 40-41; DUBBER (supra nota 35), pp. 501 ss.

En cualquier caso, el *potencial* liberal de ambos conceptos no debe inducirnos a pasar por alto el hecho de que ellos no han impedido que en el derecho penal moderno se desarrollen y florezcan tendencias notoriamente anti-liberales. De hecho, tomando en cuenta la crítica antes mencionada en cuanto a la ambigüedad y «vacío» normativo de ambos conceptos, es justo decir que son lo suficientemente elásticos como para justificar la criminalización de casi cualquier conducta¹⁰⁶. En este contexto, no es para nada sorprendente que los conceptos puedan no haber prevenido, o que incluso puedan haber provocado, la extensión del derecho penal a zonas enteras de regulación especial (por ejemplo, el derecho penal económico y ambiental)¹⁰⁷ y a una amplia gama de ofensas del orden público, desde conductas sexuales (por ejemplo, la prostitución y la homosexualidad) hasta el consumo de drogas¹⁰⁸. Los conceptos se han ampliado para cubrir el riesgo de daño¹⁰⁹, el daño indirecto¹¹⁰ o el mero peligro (abstracto) a bienes jurídicos (colectivos)¹¹¹, alcanzando así actos simplemente preparatorios y/o peligrosos, y por tanto, en última instancia, criminalizando conductas que sólo se presumen peligrosas para la sociedad¹¹².

¹⁰⁶ Véase para la respectiva crítica relativa al principio del daño, *von Hirsch* (supra nota 91), pp. 259-260; *Husak* (supra nota 92), p. 103; respecto al principio del *Rechtsgut von Hirsch y Wohlers* (supra nota 22), pp. 196-197 (respecto a delitos de drogas); *Stuckenberg* (supra nota 19), pp. 657-658 («tendencia antiliberal»). Hasta aquí *Krüger* identifica un tipo de «desmaterialización» («Entmaterialisierung») del concepto del *Rechtsgut* (Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff [Duncker & Humblot, Berlin, 2000]).

¹⁰⁷ Véase *Krüger* (supra nota 106), pp. 20 ss., pp. 40 ss., pp. 45 ss., pp. 50 ss. refiriéndose al derecho penal económico y medioambiental, el derecho penal del tráfico vial y contra el crimen organizado.

¹⁰⁸ Véase para el secuestro del principio del daño en los EE.UU. desde la década de 1980 para justificar la criminalización de un amplio espectro de conductas (desde la pornografía hasta el uso de drogas), *Harcourt* (supra nota 35), pp. 139-181; invocando un concepto de bien jurídico absolutamente sin contornos con respecto a la criminalización del *doping* recientemente *Timm*, „Die Legitimation des strafbewehrten Dopingverbots”, GA 2012, 733 ss.

¹⁰⁹ Véase supra nota 86 con el texto principal.

¹¹⁰ Para una buena definición y ejemplos centrados en la contingencia del daño, *von Hirsch* (supra nota 91), pp. 260-261, 263-265; *Simester y von Hirsch* (supra nota 63), pp. 46-7, 53-4, 57-9, 75-88. Esto demuestra la similitud con los delitos de peligro abstracto (supra nota 22); *von Hirsch* también lo pone como ejemplo (supra nota 91), pp. 263-264; *Simester y von Hirsch*, loc. cit., pp. 75-9.

¹¹¹ Véase supra nota 22 ss. (también en los relacionados delitos de peligro).

¹¹² Por supuesto, esta tendencia desplaza el alcance de protección del derecho penal desde bienes (jurídicos) tangibles a meros *Scheinrechtsgüter* (bienes jurídicos aparentes, e.g. la «salud de las personas» o la «paz social») cuyo único propósito es proteger normas de conducta, predicadas en un supuesto consenso normativo relativo a los valores que pretenden proteger (sobre ellos con referencia a Alemania, Chile

Sin duda, el movimiento desde una comprensión crítica liberal de conceptos hacia la justificación de una agenda de políticas públicas anti-liberal, sólo puede revertirse si sus dimensiones normativas subyacentes¹¹³ –los principios legitimadores de la criminalización¹¹⁴– son re-descubiertas, aclaradas y luego convertidas en directrices más concretas para una política criminal racional¹¹⁵. El nuevo curso hacia criterios de imputación justa, desarrollado particularmente por la teoría de la imputación objetiva, puede ayudar a una nueva «normativización» de conceptos ya que, en último término, los delitos se han de aplicar a conductas humanas y éstas son imputables a un agente humano¹¹⁶. Además, una mirada retrospectiva a la génesis

y España HEFENDEHL, «Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts», ZIS 2012, 506). Pero, incluso si ese consenso existiera, derechos minoritarios pueden de todas formas impedir una aplicación irrestricta por medio del *derecho penal* (para una crítica de estos *Scheinrechtsgüter* y otras hipostatizaciones véase AMELUNG [supra nota 30], pp. 171-176; también HEFENDEHL [supra nota 13], pp. 33-39 y [supra nota 17], pp. 128-129; ROXIN [supra nota 11], § 2 mn. 10, 67 y 75-80; *el mismo*, supra nota 16, 580; *Vormbaum* [supra nota 16], pp. 675-676). El requisito de un consenso social para justificar el derecho penal (véase ya STRATENWERTH [supra nota 23]) se acerca a las teorías de *Sozialschädlichkeit* (dañosidad social) que ven la función del derecho penal en mantener y reafirmar cierto orden social cuya cohesión es puesta en riesgo mediante la comisión de delitos: véase por un lado a SCHÜNEMANN (supra nota 17) «Rechtsgüterschutzprinzip», pp. 137-141 argumentando, en línea con una concepción liberal y restrictiva del *Rechtsgut* sobre la base de una teoría del contrato social, que la única función del derecho penal es prevenir el daño social con respecto a «los bienes naturales o socialmente producidos de los miembros de una sociedad» [«natürlichen oder gesellschaftlich geschaffenen Gütern der Gesellschaftsmitglieder»]; en una línea similar ROXIN (supra nota 11), § 2, mn. 7-8; *el mismo*, supra nota 16, 590. Por otro lado, véase AMELUNG (supra nota 13), pp. 350-395 (367, 388-393) y (supra nota 30), p.182, sosteniendo sobre la base de la teoría de los sistemas sociológicos de *Parsons* y con una intención de complementar el concepto del *Rechtsgut*, que los delitos afectan a «condiciones organizacionales del vivir en comunidad de los seres humanos» [«organisatorischen Bedingungen menschlichen Zusammenlebens»] y así, el castigo penal es necesario para proteger estas condiciones; sin embargo, él mismo se da cuenta de los «límites liberales» de su teoría con vistas a la posición de una persona basada en la dignidad humana y la libertad general. Por tanto, y nada sorprendente, el potencial crítico y normativo de esta teoría se deriva de un concepto filosófico y anti sistémico, desde que un «enfoque sistémico» no provee de ningún contenido normativo (en una línea similar *Swoboda* [supra nota 13], pp. 42-43).

¹¹³ En la identificación de estas dimensiones normativas subyacentes en Mill y sobre todo Feinberg véase HARCOURT (supra nota 35), pp. 187-192.

¹¹⁴ Véase SEHER (supra nota 18), pp. 45-56 y en supra nota 19 con texto principal.

¹¹⁵ Para ejemplos de dichas directivas basadas en un concepto de *Rechtsgut* liberal y restrictivo, excluyendo un número de criminalizaciones véase ROXIN (supra nota 11), § 2 mn. 13-50; *el mismo*, supra nota 16, 579 s.

¹¹⁶ Para un tal enfoque muy útil en la elaboración de criterios de imputación justa, con respecto a delitos de peligro (supra nota 91) véase VON HIRSCH y WOHLERS (supra nota 22), pp. 200-214 con sus referencias adicionales. Sobre la importancia de

histórica de ambos conceptos puede revelar aspectos normativos y consideraciones que pueden contribuir a la necesaria «re-normativización» de los principios a la luz de la realidad actual. Así, por ejemplo, la fusión de la teoría decimonónica de los «derechos» y los «bienes» en la teoría del bien jurídico¹¹⁷ puede proporcionar un modelo para una fusión moderna de la teoría del *Rechtsgut* y las teorías constitucionales y de derechos humanos¹¹⁸. A partir de ello puede surgir una llamada a la normativización de la teoría del bien jurídico (y por tanto del principio del daño), con miras a la protección de los ciudadanos de la violación por parte del Estado de sus derechos civiles o humanos fundamentales. Esto no es sino la consecuencia de la creciente «constitucionalización» del derecho penal que, de otro

una teoría de imputación en este contexto véase también VON HIRSCH (supra nota 91), pp. 265-271; SIMESTER y VON HIRSCH (supra nota 63), pp. 59-65; FRISCH (supra nota 18), pp. 226-227, pp. 228-231 (aunque advirtiendo que dicha teoría sólo responde a la pregunta de si cierta conducta puede ser calificada como ilícita, pero no si merece alguna pena); ROXIN, supra nota 16, 589; véase también WITTIG, «Rechtsgutstheorie, «Harm Principle» und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen», en *Hefendehl et al.* (supra nota 16), pp. 239-243, pp. 240-243 (argumentando correctamente que la legitimidad de la criminalización no sólo depende de las consecuencias externas de un delito penal, sino también de criterios de imputación, particularmente de la delimitación de las esferas de responsabilidad del autor y de la víctima).

¹¹⁷ El proceso histórico descrito más arriba (supra nota 13) puede ser interpretado en su forma dialéctica considerando la teoría del *Rechtsgut* como la síntesis de las teorías de los derechos y de los bienes; en una línea similar *Vormbaum* (supra nota 15), pp. 110-111.

¹¹⁸ Para una fusión de la antigua teoría de la violación de derechos (supra nota 13) y la teoría del *Rechtsgut* véase VORMBAUM (supra nota 15), p. 117 con n. 68. La teoría de los derechos, sin embargo, debe ser «actualizada» y protegida de abusos (crit. en el tratamiento igualitario de los derechos hecho por los nazis y la teoría del *Rechtsgut* en AMELUNG [supra nota 31], p. 160) al recurrir a los estándares de los derechos civiles y humanos. En esta línea véase ROXIN (supra nota 11), § 2 mn. 7, 11, 50, 92 y *el mismo*, supra nota 16, 577-9, quien se centra en el individuo y su derecho a la auto-realización, consagrado en los derechos constitucionales, y está de acuerdo, en principio, con una revisión constitucional del concepto del *Rechtsguts*. LAGODNY (supra nota 30), p. 87 habla de la «función direccional de los derechos constitucionales» («kriminalpolitischen Richtlinienfunktion der Grundrechte»). Frisch (supra nota 18), pp. 231-238, aunque crítico con los enfoques teóricos hechos hasta ahora, también invoca consideraciones constitucionales, a saber, la necesidad («Erforderlichkeit») y la conveniencia («Angemessenheit»), como los criterios más importantes para evaluar la legitimidad de la criminalización. SEELMANN (supra nota 19), pp. 262-267, invoca la teoría de Hegel del reconocimiento mutuo de las personas («Anerkennungsverhältnis») de la cual la degradación de otro en su condición de persona es una razón fundamental de criminalización. HÖRNLE (supra nota 18), pp. 18-19, 43 ss. (68-69) quiere «materializar» el concepto del *Rechtsgut* «desde abajo» («von unten materialisieren», p. 18) recurriendo a los derechos constitucionales, especialmente la libertad general de acción en su interacción con los derechos de los demás (crit. SWOBODA [supra nota 13], p. 41).

modo, como hemos visto anteriormente¹¹⁹, opera sólo a expensas de la teoría del bien jurídico.

III. ¿Un traslado al derecho penal internacional?

Si pasamos ahora a una posible transferencia de estos conceptos al nivel internacional, parece, en primer lugar, ser bastante obvio que las preocupaciones con respecto a la sobre-criminalización, tan frecuente en los debates nacionales, no son particularmente relevantes en un contexto de DPI. Esto tiene que ver con la limitada y, al mismo tiempo focalizada, materia jurisdiccional de este ámbito del derecho. El DPI se distingue de la legislación penal interna no sólo en su campo (universal) de aplicación, sino de un modo mucho más elemental, a saber, que se limita a la protección de *bienes jurídicos fundamentales* y a la prevención de un daño *real* a estos bienes jurídicos. Esta limitación a los valores e intereses *fundamentales* y, al mismo tiempo, universales, explica la fuerza de la pretensión de legitimidad del DPI: en él no hay lugar para un desafío relativista¹²⁰.

Por otro lado, el DPI tiene, como se explicó anteriormente en relación con la cuestión del *ius puniendi*¹²¹, un *alcance colectivo-individualista* con respecto a la paz mundial/seguridad internacional y los derechos civiles/humanos fundamentales. La pretensión de existencia y validez del DPI se basa en este alcance colectivo-individualista y sirve como base normativa del *ius puniendi* supranacional. El enfoque colectivo-individualista también se aplica, en principio, a la función general del DPI y los bienes, valores o intereses protegidos por los crímenes internacionales, pero puede requerir de cierta calificación. Por un lado están los *intereses colectivos o complejos*, es decir, la paz, la seguridad y el bienestar mundial, deben estar protegidos.

¹¹⁹ Supra nota 24 ss y el texto principal.

¹²⁰ Véase en un sentido similar por ejemplo PERRY, «Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters», *Human Rights Quarterly* 19 (1997), pp. 461-509 (p. 471: «La similitud de los seres humanos en algunos aspectos apoya generalizaciones, tanto de lo que es bueno como de lo que es malo, no sólo respecto de algunos seres humanos, sino respecto de todos los seres humanos» [«Human beings are all alike in some respects that support generalizations both about what is good and about what is bad, not just for some human beings, but for every human being»]); BIELEFELDT, *Philosophie der Menschenrechte* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1998), pp. 10 ss. (12-13), 17, 115 ss., 145 ss. (identificando un núcleo de consenso intercultural); FISHER, *Moral Accountability and International Criminal Law* (Routledge, London, New York, 2012), p. 61.

¹²¹ AMBOS (supra nota 1).

La violación de estos intereses afecta a la «comunidad internacional en su conjunto» y está dirigida contra la humanidad como tal¹²². Este enfoque en el aspecto colectivo no sólo se desprende de los estatutos de los tribunales penales internacionales y su apelación al sistema colectivo de mantenimiento de la paz del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹²³, sino que también se expresa en el elemento grupal propio del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, como veremos a continuación. Por otro lado, los crímenes internacionales también protegen *intereses individuales*, en la medida en que se relacionan con derechos fundamentales de la humanidad o derechos humanos fundamentales¹²⁴ y por lo tanto a la subyacente dignidad

¹²² Véase WERLE, *Völkerstrafrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen, 3.ª ed. 2012) mn. 93 ss.; TRIFFTERER, «Der lange Weg zu einer internationalen Strafgerichtsbarkeit», *ZStW* 114 (2002), pp. 321-371, p. 342; NEUBACHER, *Kriminologische Grundlagen internationaler Strafgerichtsbarkeit* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2005), pp. 100 ss.; AMBOS, «Möglichkeiten und Grenzen völkerrechtlichen Rechtsgüterschutzes», en NEUBACHER y KLEIN (ed.): *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?* (Duncker & Humblot, Berlin, 2006), pp. 111-116 (111 ss.); CRYER, *Prosecuting International Crimes* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005), p. 4; CRYER y WILMSHURST, «Introduction», en CRYER *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2010), pp. 3-21 (6-7); MELLOH, *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts* (Duncker & Humblot, Berlin, 2010), pp. 83, 86, 88-89. Esta dimensión de protección de intereses colectivos y supranacionales es a veces subestimada en la literatura, por ejemplo por LAGODNY, «Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes», *ZStW* 113 (2001) 800-826 (803) y GIL, «Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs», *ZStW* 112 (2000), pp. 381-397 (382).

¹²³ Véase especialmente el preámbulo del Estatuto CPI referido a los «crímenes más serios que conciernen a la comunidad internacional como un todo (...)» y reconociendo que «crímenes tan graves que amenazan la paz, seguridad y el bienestar del mundo». Véase de la vasta literatura BAGARIC y MORSS, «International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework», *ICLR* 6 (2006), pp. 191-255 (242 ss.); HAVEMAN, «Supranational Expectations of a Punitive Approach», en HAVEMAN y OLUSANYA, *Sentencing and Sanctioning* (Intersentia, 2006), pp. 145-160 (154); AYAT, «Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation», *ICLR* 7 (2007), pp. 391-423 (394 ss.); Henham, «International Sentencing in the Context of Collective Violence», *ICLR* 7 (2007), pp. 449-468 (449 ss.); CRYER, en CRYER *et al.* (supra nota 122), pp. 30 ss. (33); *Cornacchia*, *Funzione Della Pena Nello Statuto Della Corte Penale Internazionale* (Giuffrè Editore, Milan, 2009), pp. 136 ss.; SAFFERLING, *Internationales Strafrecht* (Springer Verlag, Heidelberg, 2011), p. 69 refiriéndose a la Carta de las Naciones Unidas.

¹²⁴ NEUBACHER (supra nota 122), pp. 89 ss., 113, pp. 289 ss., pp. 476 ss.; MÖLLER, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (Lit Verlag, Münster, 2003), pp. 419 ss.; MELLOH (supra nota 122), pp. 84-86, 90; Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Duncker & Humblot, Berlin, 2010), pp. 90 ss., 97 ss., 115-116; SAFFERLING, *Internationales Strafrecht* (Springer, Heidelberg, 2011), p. 69 refiriéndose a derechos humanos fundamentales, particularmente con una mirada hacia la protección de minorías.

humana¹²⁵. Para algunos autores, este lado individual tendría incluso una clara prioridad sobre el lado colectivo¹²⁶. En consecuencia, el delito de genocidio protege -además de la existencia de un grupo- a cada uno de sus miembros en contra de la violación de su dignidad y sus consiguientes derechos individuales (especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad)¹²⁷. Los crímenes de lesa humanidad se refieren, debido a su requisito de difusión o sistematicidad, al nivel colectivo de la paz internacional y seguridad, pero también protegen a los grupos e individuos en sus derechos individuales de dignidad humana, vida, libertad, etc.¹²⁸. Por último, pero no menos importante, mientras que el propósito humanitario subyacente de los *crímenes de guerra* implica la contención del conflicto y, por tanto, contribuye a la paz internacional, estos delitos también deben ga-

¹²⁵ Para un buen análisis de la dignidad humana como interés nacional protegido (Alemania e Israel) penalmente véase KREMNIETZ Y HÖRNLE, «Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law», *IsLR* 44 (2011), pp. 143 ss. (distinguiendo entre violaciones a la dignidad por ofensas sin discurso, por ej. violación, discursos de odio, por ej. negación del holocausto, y publicación de contenido mediático con escenas de humillación severa, por ej. pornografía infantil).

¹²⁶ Véase por ejemplo WERLE (supra nota 122), mn. 89, 665, 754, 944 (diferenciando, en el resultado afirmando la protección de derechos individuales respecto a crímenes fundamentales); LEE, *International Crimes and Universal Jurisdiction*, en MAY y HOSKINS (ed.): *International Criminal Law and Philosophy* (Cambridge University Press «CUP», Cambridge, 2010), pp. 15-38, pp. 34 ss. (señalando que la parte relevante del DPI no es fundamentalmente acerca de entidades colectivas, como la humanidad comprendida como un todo o los Estados, sino que del «daño a individuos que han sido asesinados, perseguidos, o cuya identidad de grupo ha sido negada mediante actos genocidas» [„the harm done to individuals who are killed, persecuted, or denied their group identity in genocidal acts«], p. 35); GROPENGIESSER y KREICKER, «Grundlagen der Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – Deutschland», en ESER y KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Vol. 1 (Duncker & Humblot, Berlin, 2003), pp. 21-452, pp. 115 ss., pp. 154 ss. («sólo» respecto a derechos individuales protegidos como crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra); de manera similar TRIFFTERER, 1º Parte, en loc. cit., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (C. H. Beck, Munich, 2008), mn. 21.

¹²⁷ Cf. LÜDERS, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004), pp. 43 ss., 166; MELLOH (supra nota 122), pp. 90-91; BOCK (supra nota 124), p. 92. Para otra mirada GROPENGIESSER y KREICKER (supra nota 126), pp. 96 ss. (sólo grupo).

¹²⁸ Véase LUBAN, «A Theory of Crimes against Humanity», *Yale Journal of International Law* 29 (2004), pp. 85-167, p. 86, p. 120, pp. 159-160; conc. AMBOS, «Crimes against Humanity and the International Criminal Court», en SADAT (ed.): *Forging a Convention for Crimes Against Humanity* [CUP, Cambridge, 2011], pp. 279-304, pp. 281-282 [en español: «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional». *Revista General de Derecho Penal*, ed. iustel, España, N° 17, Mayo 2012, 1-30]; Bock (supra nota 124), p. 97, pp. 101-102; véase también MELLOH (supra nota 122), pp. 91-92.

rantizar la integridad de la dignidad humana, la vida y la integridad física, incluso en tiempos de conflicto armado¹²⁹.

En cuanto al núcleo de los crímenes internacionales, en principio, no hay duda de que los valores, intereses o bienes jurídicos internacionales fundamentales están en juego y, por lo tanto, son violados con el daño consiguiente si es que estos delitos se cometen. Los bienes jurídicos respectivos no sólo deben ser -desde una perspectiva moral- protegidos por la ley penal, sino que existe una *obligación legal* de protegerlos. La otra cara del reconocimiento de un bien jurídico colectivo-individualista internacionalizado es el reconocimiento de un principio de daño internacional («international harm principle») tal como fue formulado por Larry May¹³⁰. En consecuencia, los procesamientos penales internacionales son legítimos si los delitos en cuestión no sólo se dirigen contra individuos, sino que están «basados en grupos, ya sea en términos de la naturaleza del daño causado a la víctima o en el carácter del autor del daño»¹³¹, es decir, si la humanidad como tal se ve perjudicada¹³².

Esto no significa, por supuesto, que los crímenes internacionales protejan sólo o predominantemente a grupos, pero sí que siempre debe haber un elemento colectivo o grupal en el sentido de que las víctimas individuales involucradas no sean atacadas exclusivamente sobre la base de su individualidad, sino que también como miembros o representantes de ciertos grupos o entidades colectivas. En el caso del genocidio esto es evidente por sí mismo, porque el enfoque de grupo es, como se explicó anteriormente, inherente a la estructura del delito. En el caso de crímenes contra la humanidad es menos obvio porque el delito también pretende proteger a las personas en sus derechos individuales de dignidad, vida, libertad, etc. Sin embargo, el elemento de contexto (sistemático o generalizado) implica una dimensión colectiva del ataque dirigido contra un grupo de personas y, generalmente, por razones relacionadas con el grupo. En el caso de crímenes de guerra, el elemento de grupo consiste en la nacionalidad de las víctimas o su afiliación al adversario.

¹²⁹ MELLOH (supra nota 122), p. 92; BOCK (supra nota 124), pp. 115-116.

¹³⁰ Cf. MAY, *Crimes Against Humanity* (CUP, Cambridge, 2005), pp. 80-95. Este principio de daño internacional opera como el segundo elemento de una doble justificación de las persecuciones penales internacionales; sobre el «security principle» como primer elemento, véase loc. cit., pp. 63-79 (espec. pp. 68-71).

¹³¹ MAY (supra nota 130), p. 89 («group-based either in terms of the nature of the victim's harm or the character of the perpetrator of the harm»).

¹³² MAY (supra nota 130), p. 82 y passim.

A pesar de la clara orientación moderna del DPI a crímenes sistemáticos o atroces a gran escala, derivados de un análisis riguroso y, en mi opinión, consecuente tanto con el *ius puniendi* como con la función global del DPI, no se debe perder de vista el hecho de que a veces va más allá de tal enfoque minimalista. Este es particularmente el caso cuando formas de intervención delictivas y/o crímenes del DPI cubren conductas anticipadas, es decir, se extienden al riesgo de daño. Un ejemplo reciente es la penalización del delito de agresión, que abarca la «planificación, preparación e iniciación» (artículo 8 bis [1] del Estatuto de la Corte Penal Internacional)¹³³. Si se sigue el enfoque aquí sostenido, las normas respectivas carecen de legitimidad y no debiesen formar parte del DPI *stricto sensu*, con su consiguiente alcance supranacional y universal. Sin duda los crímenes internacionales fundamentales, incluyendo la agresión con su dimensión colectiva respecto de la paz internacional, preocupan a la comunidad internacional como tal y por lo tanto pueden ser perseguidos, en principio, sobre la base de la jurisdicción universal sin ningún tipo de vínculo territorial o nacional tradicional.¹³⁴ Sin embargo, el concepto de crimen fundamental debe entenderse en sentido estricto, también en lo que respecta a las respectivas formas de intervención delictiva. Por lo tanto, una ampliación del *actus reus*, como vemos en la criminalización de conductas preparatorias, podría eliminar la razón misma de la jurisdicción universal para el delito respectivo.

IV. Conclusión

Como se ha demostrado en una investigación anterior¹³⁵, el DPI en sentido estricto sirve a la convivencia pacífica de las personas, dentro de un Estado y más allá de las fronteras estatales, en caso de graves violaciones a los derechos humanos y amenazas masivas a la paz y la seguridad de la humanidad. Esta combinación de objetivos individualistas-colectivos, en particular la necesidad de proteger a los ciudadanos de violaciones de los derechos fundamentales, co-

¹³³ Para un análisis crítico, véase AMBOS, «The crime of aggression after Kampala», *German Yb Int.L.* 53 (2010), pp. 463-509 (493-97); en español *Ambos*, *El crimen de agresión después de Kampala* (Dykinson, Madrid, 2011).

¹³⁴ Para los fundamentos de una teoría tan pura y absoluta de jurisdicción, véase AMBOS, «Prosecuting Guantánamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the 'Torture Memos' Be Held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?», *Case W. Res. J. Int'l L.* 42 (2009), pp. 405-48, pp. 443-444 con sus respectivas referencias.

¹³⁵ *Supra* nota 1.

metidos por o con la tolerancia de (sus) *Unrechtsstaaten* («Estados injustos») -esto es, en última instancia, la protección de la dignidad humana- justifica un *ius puniendi* supranacional. Al mismo tiempo, esta combinación individualista-colectiva capta la función global del DPI examinada en este trabajo: la protección de los bienes jurídicos fundamentales, individuales y colectivos, y la prevención de un daño real a estos bienes jurídicos.

En cuanto a los propósitos de la ley penal en *stricto sensu*, se puede concluir a modo de corolario de los resultados de este estudio y basándose en una investigación anterior¹³⁶, lo siguiente: mientras las legislaciones penales nacionales intentan tener un impacto equivalente en los individuos y en la sociedad en general, el derecho penal internacional más bien sirve -considerando las características especiales de sus delincuentes y de los delitos- al propósito de crear una *conciencia jurídica universal*¹³⁷, en el sentido de la prevención general positiva e integración, llamando a la reconciliación¹³⁸, o en el sentido del concepto del «expressivism» con miras a la función comunicativa de la pena¹³⁹. Al mismo tiempo uno tiende a mantener la esperanza

¹³⁶ Supra nota 2.

¹³⁷ Crit. PASTOR (supra nota 4), pp. 70 ss., pp. 94 ss., pp. 115 ss., quien considera que este propósito es una expresión de una «cierta arrogancia ética» («cierta soberbia ética», en p. 70) y una simple «obscena hipocresía» (pp. 94-95).

¹³⁸ Véase también BAGARIC y MORSS (supra nota 123), pp. 242 ss.; *Haveman* (supra nota 123), p. 154; AYAT, «Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation», ICLR 7 (2007), pp. 391-424 (394 ss.); HENHAM, «International Sentencing in the Context of Collective Violence», ICLR 7 (2007), pp. 449-468, pp. 449 ss.; CRYER (supra nota 122), pp. 24 ss. (28); MURPHY, «Political Reconciliation and International Criminal Trials», en May y Hoskins (eds.), *International Criminal Law and Philosophy* (CUP, Cambridge, 2010), pp. 224-244 (236 ss.).

¹³⁹ Para DRUMBL, «Atrocity, Punishment, and International Law» (CUP, Cambridge, 2007), pp. 173 ss., el fin de la pena en el «expresivismo» (respecto del cual él mismo es crítico) consiste en fortalecer la confianza del público general en la vigencia del derecho, además de hacer posible la difusión de una narrativa histórica con fines educativos. Véase también SLOANE, «The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of ICL», *Stanford Journ. of Int. Law* 43 (2007), 39-94 (44), donde acentúa las «dimensiones expresivas» de la pena internacional, que puede contribuir más efectivamente al orden público internacional como autoconciencia expresiva de las instituciones penales («most effectively to world public order as self-consciously expressive penal institutions») y fomentar la internalización legal y normativa de los derechos humanos y el derecho humanitario («legal and normative internalization of international human rights and humanitarian law»). FISHER (supra nota 120), pp. 51, 56-63, 65 llama a una justificación mixta retributiva-expresiva («retributive-expressive justification»), en la cual ve la función comunicativa como el fin principal de la pena y la retribución (o incluso la intimidación) como «secondary or supportive of this goal» (p. 58); el mensaje estaría dirigido tanto a la sociedad afectada como a la comunidad internacional (p. 65).

de un efecto de prevención general negativa de la pena internacional, es decir, la disuasión general (a pesar de la falta de apoyo empírico a esa esperanza). En cualquier caso, a pesar de la evidente importancia de una teorización adicional en el DPI¹⁴⁰, no se debe perder de vista el hecho de que el DPI ha pasado de ser una «ley en los libros» a un «derecho en acción», y esto tiene consecuencias en su lucha por la legitimación: ésta se apoya más que nunca en su aplicación justa y eficaz¹⁴¹.

Para STAHN, «Between 'Faith' and 'Facts': By what Standards should we Assess International Criminal Justice», *Leiden Journal of Int. Law* 25 (2012), 251-282 (279 s.) el expresivismo contribuye a una «broader vision of the function of proceedings» y descansa sobre el «power of transparency and persuasion of international criminal courts to denounce the wrong and reinforce society's norms».

¹⁴⁰ Crítica a una mirada meramente pragmática respecto a la legitimidad, ZAHAR y SLUITER, *International Criminal Law* (OUP, Oxford, 2008), pp. 198-199.

¹⁴¹ En la misma línea JESSE, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts* (Duncker & Humblot, Berlin, 2009), pp. 70-71 («Legitimität durch optimale Anwendung»); LUBAN, «Fairness to Rightness – Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law», en BESSON y TASIOLAS (eds.): *The Philosophy of International Law* (OUP, Oxford, 2010), pp. 569-588 (579-581); DUFF, «Authority and Responsibility in International Criminal Law», en loc. cit., pp. 589-604 (590-594, 602-604: demandando justicia también para la *hostis humani generis*); DAMAŠKA, «What is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent Law Review* 83 (2008), pp. 329-365 (343 ss.: centrándose en la función preventivo general y educativa, enfatizando la cuestión de la legitimidad); KÖHLER, «Zum Begriff des Völkerstrafrechts», *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), pp. 435-467 (435).