

EL VALOR DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD EN LA ERA POSMODERNA

GABRIELE FORNASARI*
Universidad de Trento

En el momento en que el país de cuya hospitalidad disfruto, que desde algunos años siento ya como mi segunda patria, enfrenta un desafío estimulante y epónimo como es darse, por voluntad popular, una nueva Constitución que refleje su definitivo tránsito hacia los ordenamientos democráticos, creo que puede constituir una contribución pequeña pero válida de un jurista extranjero en un congreso de penalistas como este, ofrecer una reflexión acerca de un principio penal de relieve constitucional cual es el principio de ofensividad, sobre el que, sin embargo, a veces se formula reparos sobre su verdadera capacidad de funcionar como filtro selectivo de la actividad del legislador y criterio para la actividad interpretativa del juez.

En el desarrollo de esta conferencia, pues, habrá que partir de un examen sintético de las raíces históricas del principio, entender su *ratio* en la armazón teórica del Derecho penal liberal, examinar las dudas de quienes lo consideran inadecuado en la era de la posmodernidad y, finalmente, enunciar, si los hubiere, los argumentos a favor de este principio y de su relevancia constitucional, a semejanza de columnas consolidadas como el principio de legalidad y el principio de culpabilidad.

Naturalmente, en mi análisis partiré de la experiencia de mi país, donde la discusión de este tema, uno de los *topoi* del siglo XX, ha sido y sigue siendo muy intensa. No obstante, estimo que los conceptos que desarrollaré poseen una extensión que seguramente trasciende el ámbito nacional y puede referirse a un discurso universal sobre el Derecho penal y su papel entre las formas de control social. Además, estimo que no solamente el tradicional debate del novecientos sobre este tema habla en un lenguaje comprensible en toda el área cultural occidental; también los fenómenos “posmodernos” que en los últimos años se oponen a la valoración del principio de ofensividad, esto es, el populismo

* Profesor ordinario (titular) de Derecho penal en la Universidad de Trento. El texto fue leído el 5 de octubre de 2022 como conferencia inaugural de las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho penal y Ciencias penales, realizadas en la Universidad de Valparaíso. Lo tradujo al castellano el profesor JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.

penal y la justicia mediática, representan, a su vez, realidades no circunscritas a determinadas áreas territoriales.

En la bibliografía penal italiana el principio de ofensividad surgió y se desarrolló, como canon de política criminal y criterio hermenéutico, sobre todo durante los años en que se desenvolvía el proceso de constitucionalización del Derecho penal, que debía emancipar el Derecho positivo heredado del fascismo, adecuándolo a los fundamentos garantistas del Estado democrático de Derecho. Mérito de algunos penalistas de la primera generación no comprometida con el fascismo, especialmente Franco Bricola, fue haber iniciado una construcción teórica del Derecho penal que, procurando insertar en el principio de legalidad también la aspiración de fragmentariedad y selectividad, partió de la elaboración alemana del bien jurídico (que ya era conocida en Italia), pero con un elemento de gran originalidad (en parte, común al contemporáneo planeamiento de Walter Sax sobre la relación entre *Tatbestand* y bien jurídico), a saber, la vinculación necesaria de la producción legislativa de normas incriminadoras a la tutela de bienes de relevancia constitucional, explícita o implícita, y la imposición judicial de no condenar a autores de hechos conforme al tipo, pero concretamente inofensivos.

A la luz de estas premisas, era fundamental el papel de la Corte Constitucional, que habría debido declarar la ilegitimidad de los tipos delictivos que no lesionaran un bien jurídico constitucional, y de la Corte Suprema de Casación, que habría debido anular por vicio de legitimidad las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales respecto de conductas que, pese a corresponder en abstracto a un tipo legal, no tenían la aptitud de producir un daño al bien jurídico. La teoría tuvo cierto éxito en la doctrina más progresista, en la medida que representaba bien la muy sentida exigencia de selectividad del sistema penal, frente a un Código penal de matriz autoritaria y clasista en que se presentaban muchas normas con que tutelar la mera posición de quienes detentan el poder o pretendidos valores morales, o dirigidas simplemente a reprimir el disenso político.

Si este era el cuadro de la situación en los años sesenta y setenta del siglo pasado, ahora debemos en perspectiva formularnos una pregunta. ¿Podemos decir que el principio de ofensividad y la concepción crítica del bien jurídico son parte de un relato del novecientos que hoy parece anacrónico y sobre el cual valdría la pena tender definitivamente un velo de desencanto? La observación de la realidad italiana, y no sólo ella, suscita la fuerte tentación de dar una respuesta afirmativa a la pregunta. En efecto, ¿qué hay de la idea del delito como hecho concretamente ofensivo de bienes jurídicos de particular relevancia, no puramente idealizados, en una situación espiritual como es la del nuevo milenio, en que parecen reinar sin contraste fenómenos de legislación esquizofrénica,

simbólica, hiper-punitiva, a menudo desvinculada de piedras angulares como la *ultima ratio*, el laicismo y la proporción? ¿Es aún concebible un discurso sobre el control de las técnicas de tutela penal, en circunstancias que el peligro abstracto parece ya aceptado incluso en su forma de peligro presunto y, es más, ni siquiera aparece como una anticipación extrema de la tutela, desde el momento que ganan espacio, sea en la legislación que, en la jurisprudencia, hipótesis de Derecho penal funcionales a la mera precaución (o sea, frente a la posibilidad no establecida científicamente de la existencia de un peligro)? Y entonces, aquella narración del novecientos, ¿es digna de ser nuevamente propuesta, si bien actualizada, o habría que colocarla en la bodega de teorías que se cita por su valor puramente histórico? Corriendo el riesgo de emprender una batalla de retaguardia y así sea contra la evidencia de los hechos, trataré de proponer argumentos en defensa de las buenas razones de la actualidad del principio de ofensividad, en sus diversas declinaciones, también para la realidad posmoderna en que estamos inmersos.

Prescindiendo de los aspectos singulares problemáticos, el contexto general de que parten las posiciones más desencantadas puede ser resumido en la desilusión derivada de los escasos efectos que la concepción constitucionalmente orientada del bien jurídico, y el consiguiente modelo fuerte de ofensividad, como instrumento de selección de los bienes susceptibles de tutela e instrumento de control y crítica de la actividad del legislador, han producido en la realidad, realidad que muestra a un legislador que se siente perfectamente libre para ignorar toda instancia de valor prejurídico o constitucionalmente orientada, y a una Corte Constitucional no muy inclinada a ligar la ilegitimidad de una disposición penal a su falta de ofensividad. En parte diferente es el discurso sobre el empleo del canon de ofensividad en clave hermenéutica, esto es, como criterio de selección por parte del juez de las conductas concretamente punibles; aquí, sólo quien no quiera ver podría afirmar que el principio de ofensividad no ha tenido consecuencias, las que hoy, a la luz de la experiencia italiana, tampoco son consecuencias marginales.

Comencemos por el primer criterio de la crítica, el más radical. El principio de ofensividad, en su modalidad fuerte, en el hecho no ha funcionado como criterio vinculante de legitimación del Derecho penal; el bien jurídico no orienta al legislador; la Corte Constitucional no recurre a él por el temor de que se la acuse de transformarse en un peligroso legislador en las sombras, no dotado de legitimidad democrática. En cuanto al juez ordinario, es bueno que no acuda al principio, evitando incurrir en violaciones del principio de legalidad si reescribe indebidamente las normas a su gusto. Estas observaciones no carecen de fundamentos relevantes, en absoluto; pero, a mi juicio, no resuelven, sino más bien generan un problema. Podríamos plantear tres escenarios si nos detenemos

a considerar este dato de la realidad, el que, por lo demás, veremos que es al menos parcialmente desmentido.

Podríamos anular el deber ser dentro del ser, resignándonos al hecho de que está bien así. Como Calígula, que hizo a su caballo senador, el legislador no estaría sujeto a vínculos contenedores y, por tanto, podría establecer como delito cualquier conducta con tal que respete los principios de legalidad y culpabilidad y, a lo menos, un genérico canon de proporción, hecho lo cual quedaría a cubierto de todo control de constitucionalidad. En seguida, podríamos recorrer el camino, caro al pensamiento funcionalista, de negar ideológicamente todo relieve al propio concepto de bien jurídico, o sea, desmentir la afirmación, tradicional en los manuales de Derecho penal, de que éste cumple la tarea de proteger bienes jurídicos, sosteniendo, con Günther Jakobs, por ejemplo, que su papel es confirmar y estabilizar la validez de las normas, según un círculo autorreferente que excluye radicalmente la posibilidad de toda crítica y, en cambio, puede abrir la perspectiva de un Derecho penal del enemigo. Por último, se podría buscar itinerarios alternativos a la luz de la observación de experiencias diferentes, y es lo que han hecho quienes miran con interés el ámbito del *common law*, formulando más o menos radicalmente la hipótesis de substituir el “dogma” del bien jurídico por el *harm principle*, planteado iusfilosófica o penalmente a partir de la clásica concepción liberal de John Stuart Mill.

La resignación y el desencanto que animan la primera alternativa mencionada son comprensibles, por cierto; pero creo que quien ha elegido el camino de la investigación científica y la enseñanza universitaria, esto es, la formación de jóvenes juristas y ciudadanos, tiene el deber de no arrellanarse en la cómoda constatación de que no hay nada que hacer. La visión funcionalista del Derecho penal tiene una fuerte capacidad de retratar fotográficamente la realidad y explicar sus conexiones, pero, de hecho, evita plantearse problemas de legitimación y, por tanto, no piensa poner freno alguno a cualesquiera modelos de política penal. En cambio, el modelo más interesante y prometedor es el que se abre a la tercera perspectiva, caracterizada por la atención que presta al modelo de legitimación de estampa anglosajona.

Del análisis del monumental edificio especulativo construido por Joel Feinberg emerge la propuesta de considerar atentamente el modelo del *harm principle*, en vez del planteamiento europeo-continental ligado al concepto de bien jurídico, como fundamento legitimador de la intervención penal, a la luz de su mayor capacidad de servir concretamente como criterio selectivo respecto del bien jurídico, cuya muy limitada capacidad se debe a la vaguedad y abstracción de este concepto. La idea de un Derecho penal vinculado a la punición de conductas que provoquen un daño a otros parece, pues, más funcional al respeto del principio de fondo que subyace en nuestra exigencia de ofensividad,

habida cuenta de la mayor precisión con que este parámetro puede establecer límites. Como se sabe, la concepción de Feinberg, más que una teoría penalista *tout court*, es una teoría de la justicia, más precisamente, una teoría del límite entre Derecho y moral, y sus implicaciones nos llevarían demasiado lejos de nuestro tema. Sin embargo, mirando su significado penal, ya en un primer examen se descubre que no circunscribe la legitimación del Derecho penal a los casos de un daño a otros, sino que, siendo en esto heterodoxa respecto del riguroso liberalismo de Mill, va mucho más allá y admite sin grandes reservas elementos de paternalismo y de moralismo penal. Además, admite junto al *harm principle*, el *offense principle*, mucho más elástico al reconocer legitimación a un Derecho penal que castiga meras molestias y tutela sentimientos que se identifican con los conceptos de estorbo, fastidio, embarazo, displeacer, humillación, inquietud, ansia, disgusto, vergüenza, náusea y otros semejantes, por tanto, algo que es mucho menos de una *injury* o un *harm*. Esta modulación, más articulada, torna al planteamiento más adecuado para el conjunto de las instancias punitivas de la sociedad actual, pero dificulta circunscribir *ex ante* el perímetro de lo penalmente relevante, según lo demuestran estudios recientes sobre el Derecho inglés o estadounidense, los que evidencian que estos ordenamientos dejan amplio espacio a normas penales establecidas exclusivamente para tutelar valores morales y a interpretaciones ligadas a la condena de meros modos de ser, cual han relevado en la doctrina italiana estudiosos como Massimo Donini y Cristina de Maglie. Finalmente, se puede señalar que el *harm principle* presenta otra desventaja significativa respecto de la concepción continental de la ofensividad, a saber, que se ofrece exclusivamente como elemento de delimitación en abstracto, esto es, de legitimación del Derecho penal, pero no cumple el papel de instrumento interpretativo de las normas vigentes.

Entonces, cabe preguntarse lo siguiente: si estas perspectivas abren escenarios no menos problemáticos que el implicado por la apelación a un modelo fuerte de ofensividad, ¿debemos concluir que habría que abandonarlo sólo porque no se consigue hallar algo mejor? Antes de responder, es necesario verificar —sirviéndonos del viejo esquema expresivo de Armin Kaufmann— qué está vivo y qué está muerto en el modelo fuerte del principio de ofensividad; metáforas aparte, si su rendimiento ha sido realmente nulo o, en cambio, hay motivos que nos alientan a replantearlo teóricamente en el contexto histórico de la posmodernidad, diverso y complejo, recordando que se trata de un proyecto cultural, antes que penalista, cuyo fundamento es un estatuto epistemológico del castigo ligado todo lo posible a criterios de selección rigurosos y verificables, amén de compatibles con la estructura de un Estado de Derecho.

Comencemos entrando en el fondo de alguna objeción preliminar. Que la teoría crítica que fundamenta el principio constitucional de ofensividad no

haya podido en muchos momentos históricos condicionar las decisiones criminalizadoras del legislador, es un dato evidente. Si no fuese así, no tendríamos delitos de inmigración irregular, pornografía infantil virtual, autoadiestramiento para el terrorismo o la agravante de negacionismo, respecto de todo lo cual los intentos de identificar la ofensa a un bien jurídico recuerdan el arte de trepar por espejos. El legislador, pues, a menudo se ha inclinado hacia técnicas de incriminación muy distantes de aquel principio, privilegiando en muchas ocasiones vertiginosas anticipaciones de la tutela, imponiendo puntos de vista éticos, etc., confiando plenamente en que habría filas de comentaristas dispuestos a encontrar allí bienes jurídicos, frecuentemente bajo la égida tranquilizadora del supremo interés de la seguridad, que no es en absoluto un bien jurídico, sino a lo sumo la esencia misma que habilita al Derecho penal según el esquema lógico del contrato social, pero que entendida así esconde en realidad la aspiración de una sociedad de riesgo cero, algo que no es sólo una utopía, sino una de las utopías más inquietantes, como bien recuerda una estudiosa del calibre de Mireille Delmas-Marty.

Hasta aquí, pues, el balance es poco reconfortante. Sin embargo, no es ilegítimo preguntarse si la concepción fuerte de la ofensividad, una vez que se la propone con argumentos adecuados para hacerla penetrar en las decisiones políticas, podría contribuir a dar mayor fundamento racional a las opciones en que descansan las reformas penales. Algún contraargumento más se puede oponer a la tradicional acusación de querer deducir la parrilla de bienes tutelables a partir de un catálogo fijo y, en ciertos aspectos, incompleto como la Constitución, con la consecuencia de no poder adecuar el Derecho penal según las mudanzas de la realidad, que pueden imponer la necesidad de proteger bienes de surgimiento inédito que no están mencionados a nivel constitucional. Mientras es evidente que un elenco taxativo e inequívoco de bienes merecedores de tutela es un objetivo inalcanzable, dado que también las normas y los principios constitucionales están sujetos a interpretación, seguramente que hay instrumentos funcionales a que la Constitución se adecue a la realidad. A parte del caso de las modificaciones de su texto, ya Bricola rechazó la imagen de la vitrina en que se expone bellamente ordenados los bienes por proteger y legitimaba la tutela penal de bienes de implícito relieve constitucional; además, no hay dificultades para sostener la posibilidad de una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales, motivada a su vez por un nuevo modo de concebir los conceptos y valores contenidos en ellas. Nada de subversivo existe en esto. Se trata del trabajo normal del jurista, y nadie podría oponerse, por ejemplo, a que hoy demos una connotación diferente de la de los padres constituyentes, a conceptos como la familia y las buenas costumbres. En seguida, hoy se agrega otro argumento fuerte a la gama de consideraciones favorables a la

posibilidad de actualizar, sin implicaciones subversivas, el catálogo de bienes de relevancia constitucional. Es la adecuación del ordenamiento interno a las obligaciones internacionales, merced a la cual se recibe ese conjunto de principios y derechos cuya sede original son tratados y convenciones internacionales, y la jurisprudencia formada al respecto. Luego, a veces se advierte que el principio de ofensividad, amén de ser descuidado por el legislador, tampoco ha dejado su impronta en la jurisprudencia. La jurisprudencia constitucional, en sede de control de legitimidad, ha recurrido a él en casos esporádicos y de manera indirecta; la jurisprudencia ordinaria lo ha utilizado para resolver casos de significado más bien marginal.

Sin embargo, estas afirmaciones no son indiscutibles, a lo menos por tres razones. En primer lugar, no me parece correcto medir el valor de un principio ordenador sobre la base de la cantidad de casos en que es invocado. Si fuese así, perderían significativo relieve principios constitucionales que nadie a mi juicio pondría en discusión, como los de taxatividad y culpabilidad, cuyas aplicaciones ante los jueces constitucionales u ordinarios no son para nada frecuentes. En seguida, no parece tampoco insignificante el impacto que el principio ha tenido en los órganos judiciales. La Corte Constitucional se ha valido en varias ocasiones de la ofensividad para fundamentar sus sentencias. Es verdad que ha sido más frecuente el recurso a los parámetros menos comprometidos de la razonabilidad y la proporción; pero a éstas no es ajeno en absoluto el trasfondo que anima al principio de ofensividad. Tampoco es masiva la jurisprudencia de los tribunales ordinarios que aplica el principio de ofensividad; pero su relativa infrecuencia va de la mano con la efectiva infrecuencia de las hipótesis en que se discute una conducta que quepa considerar inofensiva, supuesto que exista correspondencia con la figura típica. En todo caso, hay que subrayar que si en el pasado tales sentencias concernían principalmente a hechos de bagatela contra el patrimonio o la fe pública, últimamente el campo se ha ampliado y llega a sectores acaso imprevisibles. En efecto, la Casación ha declarado la falta de ofensividad en un caso de evasión impropia, en otro de difusión de noticias falsas capaces de provocar una alteración del precio de instrumentos financieros, en uno de publicación arbitraria de actos de un proceso penal (en este, fue el pleno de la Corte de Casación) y en diferentes casos de cultivo de sustancias estupefacientes, empleando razonamientos muy precisos dedicados a la ausencia de lesión de un bien jurídico.

Al respecto, una palabra autorizada pronunció el pleno de la Corte en la sentencia de 2016 a propósito de la publicación arbitraria de actos de un proceso penal, donde menciona de modo inequívoco el papel del principio de ofensividad como canon interpretativo unánimemente aceptado (refiriéndose a una argumentación análoga de la Corte Constitucional), cuya consecuencia en

el caso juzgado es una orientación que impone al juez valorar los efectos de la publicación arbitraria para apreciar la existencia del delito –consecuencia obligada de una lectura constitucionalmente orientada de las normas en cuestión– y, en general, asume como Derecho viviente el establecimiento de la idoneidad lesiva de la conducta según el criterio de la necesaria ofensividad, de suerte que el juez que lo efectúa no realiza una excepción a la disciplina normativa, sino que, al contrario, hace la debida aplicación de un instrumento hermenéutico que hay que considerar como expresión de los principios constitucionales de igualdad y legalidad. Otras sentencias han seguido después esta línea, por lo cual no se puede decir que la jurisprudencia ordinaria sea indiferente al principio de ofensividad.

Por último, si es verdad que la Corte Constitucional adopta un decidido *self restraint* en el uso explícito del principio cuando decide sobre la legitimidad de las normas penales, también es cierto que las referencias, menos comprometedoras y más frecuentes, a la razonabilidad y la proporción involucran dos principios que, aunque no lo agoten, llevan en germen el de ofensividad. En otras palabras, la ofensividad, incluso cuando no es mencionada expresamente, inerva a menudo el modo de argumentar del juez constitucional, lo que deja acaso la impresión de que, haciendo así, la Corte procura ponerse al reparo de la eventual acusación de convertirse subrepticamente en legislador mediante el control de opciones políticas, algo que en efecto no le corresponde.

Así, pues, hace más de veinte años que se precisa que el principio de ofensividad es límite de jerarquía constitucional a la discrecionalidad del legislador ordinario en la persecución penal de conductas signadas por un juicio de desvalor, límite que hay que considerar operante, sea en el momento de la previsión normativa abstracta, sea en la aplicación concreta por parte del juez. Y si en los primeros pronunciamientos la ofensividad sirvió aún de *ratio* de fondo en soporte de otros principios y, allende las afirmaciones explícitas de su valor, no era todavía la causa de declaración de ilegitimidad, desde 2002, en una sentencia que condujo a la declaración de ilegitimidad de la norma que castigaba la embriaguez manifiesta por parte de un sujeto condenado antes por un delito no culposo contra la vida o la incolumidad individual, el principio de ofensividad, en expresa relación con el principio de legalidad como parte de los valores conexos a la dignidad humana, ha sido cargado con la fuerza demostrativa necesaria para fundamentar la declaración de ilegitimidad, en cuanto límite que impide que la calidad de condenado por determinados hechos pueda convertir en delito actos que no tendrían tal calificación para otros sujetos, esto es, la incriminación de un tipo de autor. Análogamente, una sentencia de 2010 relaciona de modo expreso la abrogación de la agravante de clandestinidad al principio de ofensividad, elevando a arco toral de la argumentación el aserto

de que la previsión considerada allí lo hiera desde el momento que no permite configurar la conducta ilícita como más gravemente ofensiva del bien jurídico protegido, sino que sirve para connotar una calidad negativa general y presunta de su autor. Y hay más. En sentencias todavía más recientes la Corte, por ejemplo, en materia de *stalking* y delitos tributarios, da un paso más y confía al juez ordinario la tarea de ser filtro, de circunscribir el área de la tipicidad de la conducta penalmente relevante, sobre todo en los casos de dudosa ofensividad del tipo en abstracto, pero relevando también el canon hermenéutico de la ofensividad en concreto, que hay que reconocer ya como auxilio interpretativo de común aceptación. De suerte que sería considerada ilegítima por defecto de ofensividad aquella disposición cuya descripción típica comprende única o prevalentemente conductas que no pueden lesionar bien jurídico alguno.

En esta jurisprudencia, la Corte subraya también, en pasajes que son mucho más que *obiter dicta*, que frente al principio de ofensividad están obligados tanto el juez que aplica la ley como el legislador que la escribe. Se diría, pues, que ha pasado de principio argumentativo a principio demostrativo. Claro es que está por verse cuál efecto vinculante tendrá esta apelación en el legislador, que parece ser el sujeto más recalcitrante a atribuir importancia a la ofensividad. No obstante, una pequeña señal positiva viene de la introducción al Código penal de una disposición ya presente en diversos ordenamientos y, en el italiano, dentro del sector del Derecho de menores y la justicia de paz, a saber, la causa de no punibilidad ligada a la particular tenuidad del hecho, que ciertamente halla su fundamento en la ofensividad y se refiere a la existencia de comportamientos humanos correspondientes a la descripción del supuesto típico, pero caracterizados por un nivel muy modesto de ofensa al bien tutelado. Esto es, se tomó en cuenta que la ofensa es un elemento del hecho y que su escasa relevancia, en ciertas condiciones, puede determinar la no punibilidad. Siendo así, con mayor razón debe resultar impune la ofensa no ya poco relevante, sino nula, algo que puede ocurrir, pese al cuidado que haya podido poner el legislador en la descripción del tipo. Esto aparte, la intervención del legislador italiano fue muy tímida. Inexplicablemente, excluyó de la causa de no punibilidad algunas situaciones ligadas a características del autor que no tienen nada que ver con la gravedad del hecho. Con todo, se puede decir que el precepto va en la dirección correcta.

Pero no siempre es así. De hecho, el punto que sigue sin atender, realmente doliente, es el de la vinculación del legislador a la ofensividad en el momento de redactar los tipos incriminadores. En otras palabras, se trata de ver si es legítimo (y quién lo podría controlar) acudir a técnicas de tutela muy anticipadas, disposiciones extremadamente subjetivizadas y en potencial conflicto con derechos y libertades garantidos por la Constitución, referencias explícitas o

implícitas a bienes jurídicos enteramente formalizados o inasibles (o a entidades que no pueden ser consideradas bienes jurídicos, a lo menos en el sentido liberal del término) o, en fin, en la terminología anglosajona, previsiones normativas basadas en conductas inidóneas para producir un daño a otros y que se reducen a meras molestias, a veces ni siquiera éstas.

Ahora bien, en rigor un legislador puede escribir lo que quiera y no hay mecanismo automático alguno capaz de bloquear en su nacimiento actividades suyas que no respeten límites externos. En un sistema balanceado de pesos y contrapesos hay órganos de control, en el caso italiano, la Corte Constitucional, a los que corresponde devolver las cosas dentro de sus límites, aunque siempre con el obstáculo, debido a razones de equilibrio institucional, de no poder invadirlos. En el plano estrictamente jurídico no hay más que hacer, al menos en tanto el legislador no llegue al extremo de establecer normas vejatorias de derechos constitucionales, caso en el cual se podrá invocar otras instancias, de carácter supranacional, como las Cortes de derechos humanos, que sabemos son muy activas en Europa y América, o la intervención del presidente de la República, que puede rechazar la promulgación.

Por lo tanto, de aquí en adelante se trata de una batalla cultural, cuyo destino depende de los argumentos y del prestigio de quien la conduce. En este momento histórico, la batalla cultural es particularmente difícil, porque los buenos argumentos en favor del vínculo del legislador al principio constitucional de ofensividad son poco escuchados en medio de las voces ensordecedoras que invocan emergencias reales o presuntas, además de heterogéneas, pues van desde el terrorismo internacional a la pandemia. A esto se agrega la entonación populista asumida por las políticas penales en muchos países, cuya orientación no es seleccionar, sino expandir el área de lo penal con el propósito de medrar de fáciles consensos electorales, voces que impostan con ello una tendencia autoritaria. En seguida, una política populista se conjuga perfectamente con la explosiva novedad de la justicia mediática, que quiere procesos veloces, condenas ciertas y ejemplares, tipos de autor adaptados a la representación social de un mundo dividido entre “nosotros” y “ellos”, por tanto, insufrible ante un Derecho penal que se circunscribe a la punición de hechos dañosos, no se extiende a la violación de sentimientos y respeta las tradicionales instancias garantistas.

Sin embargo, aun teniendo en cuenta todo esto, no hay otras vías de escape. Es verdad que, desgraciadamente, a la actitud de resignación y desencanto no es factible oponer fórmulas mágicas en la arquitectura institucional o la específicamente penal, capaces de inducir al legislador a que ciña su actividad dentro de los límites de la tutela de bienes jurídicos de particular relevancia. Pero, conscientes de esto, hay que recordar también que en lo penal todos los

principios constitucionales hoy reconocidos pasaron un largo y complejo curso antes de poder afirmarse, y ciertamente que tampoco quedaron entonces encerrados en una fortaleza inexpugnable a la presión de hechos contingentes. Por lo mismo, es necesario retomar humildemente la elaboración de una capacidad crítica, actualizada respecto del siglo XX, pero sin olvidar la lección que este siglo nos dejó.

El principio de ofensividad tiene un *humus* cultural compuesto de *ultima ratio*, fragmentariedad, laicismo, materialidad, y está indisolublemente ligado a los principios consolidados de legalidad y culpabilidad, de los que representa un corolario necesario y funcional a la afirmación del Estado de Derecho. Además, con su significado fuertemente dirigido a introducir un elemento de selectividad del perímetro penal, este principio se relaciona con el tema de la cárcel, hoy dramático. Por doquier el encarcelamiento masivo produce efectos inhumanos y contradice frontalmente toda esperanza de recuperación social de los condenados (y hablo aquí de un principio que en Italia está reconocido constitucionalmente), es más, incrementa la potencial criminalidad de quien alguna vez realizó una conducta formalmente ilícita, pero de modesto contenido lesivo, y restituye así a la sociedad un sujeto más peligroso del que entró a la cárcel.

Una afirmación del principio de ofensividad, tanto en las opciones legislativas como en las del intérprete, abriría una perspectiva de humanización (o de menor deshumanización) del universo carcelario, dejando la solución de los conflictos de baja intensidad a instrumentos menos invasivos que el Derecho penal y alimentando la esperanza de una razonable realización del principio de resocialización del condenado, por lo menos en la forma de una oferta de posibilidades de recuperarlo, algo que en el momento actual es muy difícil, salvo en situaciones marginales. No obstante, fenómenos como el populismo penal, la búsqueda de un fácil consenso social secundando pulsiones irracionales de los coasociados con la promesa de una palingenesia confiada a la hipertrofia penal, y la justicia mediática, una administración paralela de la justicia penal a través de los medios de comunicación y redes sociales que pretende conclusiones veloces, enemigos de fácil condena y repugna del sistema de garantías del Derecho penal moderno, ponen hoy bajo ataque, con un designio autoritario muy preciso, el Derecho penal liberal del bien jurídico. Entonces, es indispensable armarse de la misma valentía que poseyeron los penalistas que durante el siglo XX, teniendo en vista la afirmación del principio de ofensividad, se esforzaron por invertir el paradigma de un Derecho penal empleado por las clases dominantes como instrumento incontrolado de afirmación de su propio poder, paradigma que se propone peligrosamente de nuevo en nuestros días.