

¿Un Derecho penal «de» la comunidad?

A Criminal Law “of” the Community?

Uma lei penal “da” comunidade?

Wendy Pena González*

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2021

Fecha de aprobación: 22 de julio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10555>

Para citar este artículo: Pena González, W. (2021). ¿Un Derecho penal «de» la comunidad? *ANIDIP*, 9, 1-26. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10555>

Resumen

El comunitarismo es una de las corrientes filosóficas que tienen mayor presencia en el debate académico actual, que se opone a las premisas del liberalismo. Así, el comunitarismo defiende la preeminencia de los valores éticos existentes en las comunidades y la pertenencia a estas sobre las nociones de derechos y justicia. Este artículo analiza la legitimidad de la influencia de la filosofía comunitarista sobre el derecho penal, mediante el estudio de la configuración de un derecho penal articulado en la defensa de los valores éticos comunitarios. Se comienza analizando el binomio comunitarismo-liberalismo, se estudia también la posición de la doctrina en relación con la neutralidad liberal y las posiciones relativas a la existencia de un mínimo ético, con lo que se defiende que el derecho penal debe ser neutral y no debe reflejar los valores dominantes en una comunidad dada. Además, se analizan diferentes manifestaciones del derecho penal comunitarista (el derecho penal del enemigo, el derecho penal de aporofobia y los delitos políticos), para concluir con su inadmisibilidad en el marco de los Estados democráticos y de derecho.

Palabras clave: comunitarismo; neutralidad; derecho penal del enemigo; aporofobia; delito político.

* Universidad de Salamanca. Artículo desarrollado en el marco del contrato predoctoral de Formación para el Profesorado Universitario (FPU), financiado por el Ministerio de Universidades (Gobierno de España). El artículo forma parte del proyecto: Aporofobia y Derecho Penal, financiado por el Ministerio de Ciencias e Innovación (Gobierno de España), cuya Investigadora Principal (IP) es Ana Isabel Pérez Cepeda (referencia: RTI2018-095155-B-C21).

Abstract

Communitarianism is one of the philosophical currents with the greatest presence in the current academic debate, opposing the premises of liberalism. Thus, communitarianism defends the preeminence of the ethical values existing in communities and the idea of membership over the notions of rights and justice. This article analyzes the legitimacy of the influence of communitarian philosophy on criminal law by studying the configuration of a criminal law articulated on the defense of communitarian ethical values. The article begins by analyzing the communitarianism-liberalism binomial. It also studies the position of the doctrine in relation to liberal neutrality and the positions concerning the existence of an ethical minimum. The essay argues that criminal law should be neutral without reflecting the dominant values of a given community. In addition, different manifestations of communitarian criminal law (the criminal law of the enemy, the criminal law of aporophobia, and political crimes) are analyzed. The article concludes with their inadmissibility in the framework of democratic states under the rule of law.

Keywords: Communitarianism; neutrality; criminal law of the enemy; aporophobic; political crime.

Resumo

O comunitarismo é uma das correntes filosóficas que mais marcam presença no debate acadêmico atual, contrapondo-se às premissas do liberalismo. Assim, o comunitarismo defende a preeminência dos valores éticos existentes nas comunidades e pertencentes a elas sobre as noções de direitos e justiça. Este artigo analisa a legitimidade da influência da filosofia comunitarista no direito penal, estudando a configuração de um direito penal articulado na defesa dos valores éticos comunitários. Inicia analisando o binômio comunitarismo-liberalismo, estuda também a posição da doutrina em relação à neutralidade liberal e as posições relacionadas à existência de um mínimo ético, defendendo que o direito penal deve ser neutro sem refletir os valores dominantes em uma determinada comunidade. Além disso, são analisadas diferentes manifestações do direito penal comunitarista (o direito penal do inimigo, o direito penal da aporofobia e os crimes políticos), concluindo pela sua inadmissibilidade no âmbito dos Estados democráticos e de Direito.

Palavras-chave: comunitarismo; neutralidade; direito penal do inimigo; aporofobia; crime político.

1. Comunidad o individuo: el sempiterno debate

La cuestión de si la base última del derecho penal se ha de ubicar en el individuo (en el sentido del individualismo liberal universalista) o en la comunidad sigue siendo de interés en la doctrina (v. gr. Jakobs, 2010, pp. 15-ss.; Robinson, 2012, pp. 41-ss.). Tal análisis se puede enmarcar en la relación que existe entre el derecho penal y la filosofía política, pues es innegable que detrás de cualquier teoría de la criminalización hay un conjunto de ideas políticas sustantivas, además de la analogía existente entre la filosofía del derecho penal y la filosofía política (Gómez Lanz, 2018, pp. 4-ss.). Al ser el liberalismo y el comunitarismo los principales modelos teóricos que vertebran la discusión, parece oportuno estudiar su relación con los mismos.

El debate entre liberalismo y comunitarismo tiene raíces vetustas, si bien cobró una especial importancia a partir de la publicación del libro *A Theory of Justice*, de John Rawls (Alcácer Guirao, 1998, pp. 471-ss.) y de las subsiguientes críticas de los diferentes miembros de la corriente heterogénea de autores que se ha venido a denominar «comunitarismo».¹ En la actualidad el debate se mantiene con vigor en el ámbito académico y filosófico (sobre todo en el ámbito anglosajón aunque no exclusivamente). Asimismo, el discurso de la filosofía comunitarista se puede observar en las alocuciones políticas de corte patriótico y populista —es innegable la relación entre las ideas defendidas por el comunitarismo y el patriotismo, como se puede ver expresa o implícitamente en los discursos de algunos de sus autores (así, por ejemplo, en Sandel, 2016, p. 263; Laporta, 1995, p. 66)—.

Esta corriente filosófica se funda sobre las ideas de «bien» o «virtud» y de «pertenencia» o «membresía» a una comunidad. En este sentido, los diferentes autores comunitaristas se oponen a las ideas de la primacía de los derechos y la justicia sobre las diferentes concepciones del bien, y, por tanto, en definitiva se oponen al individualismo liberal. La filosofía comunitarista se opone a la idea de la atribución a los individuos de derechos fundamentales, con lo que se disipa la idea del individuo ante «realidades colectivas cercanas más fuertes o más valiosas» (Molina Álvarez de Cienfuegos, 1998, p. 25). La idea de membresía —que se puede considerar contrapuesta a la idea de ciudadanía (Santiago Juárez, 2010, p. 162)— es primordial para esta corriente. Así, por ejemplo, Walzer (1993) considera la membresía como condición de acceso a los demás bienes sociales, de tal manera que la concepción de la comunidad determina la inclusión —y el desdibujamiento, en

1 Dada la heterogeneidad de esta corriente y lo limitado en extensión de este trabajo, no se pretende realizar un análisis minucioso de todos sus representantes y corrientes, sino poner el foco en las líneas generales del comunitarismo (que se pueden considerar transversales a las diversas perspectivas comunitaristas), y en el comunitarismo más tradicional (del que MacIntyre y Sandel pueden ser considerados sus representantes).

la narración de la historia de la que formamos parte, según la terminología de MacIntyre (2019, p. 266)²— de sus miembros en ella, pero, sobre todo, implica la exclusión de los no-miembros del grupo y las ventajas que este brinde.

La importancia que la filosofía comunitarista concede a la exclusión de los extraños se basa en el hecho de que esta se sostiene sobre las patas de la virtud y la pertenencia:

la admisión y la exclusión se hallan en el núcleo de la independencia de la comunidad [...]. Sin ellas no podría haber *comunidades de carácter* históricamente estables, asociaciones continuas de mujeres y hombres con algún compromiso especial entre sí y un sentido especial de la vida común (Walzer, 1993, p. 73).

Así, se crea una barrera frente a la entrada de individuos extraños que no comparten historias comunes con el grupo (Santiago Juárez, 2010, p. 165) o que no son buenos (virtuosos) para los fines que la comunidad persigue (Sandel, 2016, pp. 208, 209-ss., 216-ss., 234). Además, las virtudes (predeterminadas por el *telos* y la costumbre de las comunidades) no son accesibles a todos los individuos, pues cada agente moral «hace lo virtuoso *porque* es virtuoso» (MacIntyre, 2019, p. 189).

La primacía de las concepciones ético-sociales sobre los conceptos de justicia y derechos determina la posición de la filosofía comunitarista en relación con la institucionalización de la moral. En este sentido, para los autores comunitaristas, las normas de la sociedad deben encarnar las nociones de bienes, virtudes y honores compartidas por la comunidad (Thiebaut, 1992, p. 266). Walzer (1993) considera que «una sociedad determinada es justa si es vivida de una cierta manera —esto es, de una manera fiel a las nociones compartidas de sus miembros—» (p. 322). Estos autores defienden que las concepciones éticas que configuran la identidad de la comunidad o, según la denominación de Taylor (1996, p. 42), «los marcos referenciales», no deben pertenecer al ámbito privado de los miembros del grupo:

los comunitaristas conciben la política como una prolongación funcional de la actividad privada: los poderes públicos han de fomentar una línea uniforme de actuación colectiva basada en las ataduras morales que vinculan a los ciudadanos, con la finalidad última de perpetuar el *ethos* comunitario y “patriótico” (...) y de la estabilidad de la identidad común (Alcácer Guirao, 1998, p. 497).

2 También hace mención a la «narrativa» Taylor (1996, pp. 64-65, 68) y en el mismo sentido se pronuncia Sandel (2016, p. 252).

De esta manera, la neutralidad estatal es rechazada al considerarse que lo que es bueno para cada individuo viene determinado por la comunidad de pertenencia, por lo que no tiene sentido limitar la ética a la esfera privada. Indica Sandel (2016, pp. 250, 275) que si deliberar sobre lo que es bueno para un individuo supone reflexionar sobre lo que es un bien para la comunidad a la que pertenece, quizá la aspiración a la neutralidad es un error: «quizá no sea posible, ni siquiera deseable, deliberar sobre la justicia sin deliberar sobre la vida buena» (Sandel, 2016, p. 164). En definitiva, el *telos* de la comunidad en cuestión, que depende de las virtudes que aquella tenga por meritorias, determinará cómo debe desarrollarse institucionalmente esta sociedad (Sandel, 2016, p. 211).

Así, el comunitarismo justifica la intervención de la ética dominante de la sociedad en las instituciones estatales, de manera que las normas de la sociedad y todo el sistema de convivencia deben encarnar las nociones de bien compartidas por la comunidad (Thiebaut, 1992, p. 155), lo que contradice uno de los principios básicos de los Estados democráticos: la neutralidad estatal. Además, un riesgo claro al que se enfrenta la filosofía comunitarista al concebir nociones contextuales de bien y justicia es que el criterio pueda ser tan cerrado que ninguna diferencia pueda ser tolerada (Thiebaut, 1992, p. 58). Es decir, al no poner ningún límite a las concepciones morales de la comunidad en relación con los derechos, cualquier intolerancia puede ser admitida.

Por último, la primacía de lo que se considere bueno —por la comunidad dada— sobre lo que es justo lleva consigo otra implicación inevitable: la justificación del mantenimiento del *statu quo* por mucho que este sea contrario a los derechos. Al encontrar los fundamentos sobre la virtud en los recursos consuetudinarios de la comunidad y desdibujarse al individuo en el grupo, la virtud ya viene dada —el hombre es considerado «esencialmente un animal que cuenta historias», como defiende MacIntyre, (2019, p. 266)—.

En todo caso, en el marco de las sociedades contemporáneas, progresivamente más multiculturales, no parece posible que se pueda defender la existencia de una única noción compartida de bien o virtud, lo que implica que introducir las normas ético-sociales en la sociedad supone en todo caso imponer la moral dominante, ya sea por ser esta mayoritaria o impuesta de algún otro modo. En este sentido, parece que solo la garantía de las libertades a la propia identidad —incluso las minoritarias y las disidentes— pueden asegurar el pluralismo de todo tipo (Ferrajoli, 2019, p. 57).

A diferencia de ello, el liberalismo se ocupa «de lo justo, no de lo bueno» (Alcácer Guirao, 1998, p. 493), razón por la cual Rawls (1995) distingue entre los

principios de justicia —que denomina «términos justos de la cooperación social» y que son universales y primordiales— y las «doctrinas omnicomprendivas», es decir, las diferentes concepciones éticas de la sociedad —que son privadas, por lo que se permite a los ciudadanos escoger las opciones morales que estimen convenientes en garantía del pluralismo y la libertad—.

Por ello, la perspectiva liberal es, en este sentido, mucho más conciliable con los derechos humanos y los principios básicos de los Estados sociales y democráticos de derecho. Desde esta perspectiva liberal, frente a la posición comunitarista, en ningún caso se deja abierta la puerta a que lo que una sociedad conciba como bueno o malo pueda superponerse a lo que es justo.

2. ¿Un derecho penal «de» la comunidad?

Es evidente que hacia donde quiera que se oriente el derecho penal —bien sea hacia la perspectiva liberal, es decir, hacia la protección de la universalidad de individuos y la garantía de nuestros derechos o bien hacia la protección de la comunidad en que vivimos—, este sirve para garantizar la convivencia pacífica de los individuos en la comunidad. También lo es que las normas, incluidas las penales, emanan del contexto social y se ven condicionadas por este, y que si el derecho penal se orienta a la protección del individuo, protegerá también a la comunidad en la que convive. Todo derecho penal es, en este sentido, un derecho penal «para» la comunidad. Pero, ¿debe ser además un derecho penal «de» la comunidad? ¿Debe reflejar las nociones éticas del grupo social dado? ¿Deben estas superponerse a los límites de los derechos y las libertades y a la justicia?

Como se ha visto, la filosofía comunitarista defiende que el Estado no debe ser neutral en relación con las distintas posiciones de la vida buena, la virtud y los honores. Así, las instituciones a través de las cuales se desarrolla la actuación estatal deben posicionarse y desarrollar sus competencias siguiendo una perspectiva ética determinada: la de la comunidad. Ello hace suponer que será la dominante en la comunidad, dado que cada grupo, sociedad y comunidad dispone, por fortuna, de puntos de vista divergentes.

A diferencia de ello y esta es precisamente una de las ventajas de la modernidad, el liberalismo defiende la neutralidad del Estado, que no se debe posicionar sobre las distintas concepciones de la vida buena. En cambio, el Estado, así como sus instituciones, como el derecho penal, solo se debe ocupar de la justicia y los derechos.

La idea de un derecho penal comunitarista plantea las cuestiones de hacia dónde se debe orientar el derecho penal: si hacia la comunidad o al individuo, y la de la neutralidad del Estado.

2.1. La cuestión de la neutralidad del derecho penal

Uno de los principales avances de la modernidad es la separación entre derecho y moral, principio corolario del de legalidad (Ferrajoli, 2019, p. 53), que configura la idea de la neutralidad estatal como garantía de la existencia del Estado social y democrático de derecho y con este de los pluralismos éticos, políticos y culturales. En la doctrina existe un consenso generalizado sobre la idea de que «el derecho no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral» (Ferrajoli, 2012, p. 109). Ello lleva consigo la imposibilidad de utilizar el poder punitivo para sancionar las diferencias éticas, culturales, políticas o religiosas.

Frente a posturas doctrinales ya históricas que atribuían al derecho penal un papel moralizador, un «máximo ético» (Luzón Cuesta, 2018, p. 27), el principio de separación entre derecho y moral se materializa con mayor vigor cuando la institución estatal en cuestión es el derecho penal. Uno de los principios del derecho penal, desarrollado con el objeto de limitar el brazo punitivo estatal para mantener su legitimidad, es el de la mínima intervención. El derecho penal es la manifestación más perturbadora y violenta del Estado que, articulándose a través de la mayor limitación de nuestros derechos fundamentales, no deja poner más barreras al poder punitivo en garantía de la libertad.

El principio de intervención mínima se articula a través de los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad, estructurando la garantía de neutralidad penal. El primero de ellos se refiere a la necesidad de intervención; es decir, el derecho penal es subsidiario y solo debe intervenir en caso de ineficacia de otras alternativas. El segundo recoge la idea de que el derecho penal solo debe sancionar penalmente los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes para proteger, en última instancia, los derechos fundamentales (Muñoz Conde, 2001, pp. 561-ss.). Así configurado, el principio de ofensividad se erige en garantía de la laicidad del derecho, las libertades y el pluralismo (Ferrajoli, 2012, 109-ss.).

La moral, «aunque a menudo se suponga lo contrario» (Roxin, 1976, p. 23), no es ningún bien jurídico, de manera que al derecho penal no le corresponde la tarea de defenderla (Portilla Contreras, 2003, pp. 139-ss., Polaino Navarrete, 2003, p. 128, Alcácer Guirao, 1998, pp.-ss., Hormazábal Malerée & Bustos Ramírez, 1997, p. 59, Roxin, 1976, pp. 21-ss., entre otros). Así, el principio de intervención mínima pone un límite a la perpetua tensión entre seguridad y libertad a la que se ve sometida toda política criminal (Pérez Cepeda, 2007, pp. 95-ss.). Se puede encontrar el fundamento constitucional de tales principios limitadores del derecho penal tanto en los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución española), como, además, en las constituciones española (Berdugo Gómez de la Torre

et al., 2015, p. 95) e italiana en los artículos 9.2 y 3 respectivamente, que atribuyen al Estado la función de remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En cualquier caso, la neutralidad en el derecho penal tampoco ha encontrado un unívoco medio de articulación a través de las diferentes voces doctrinales: parte de la doctrina ha defendido que al derecho penal le corresponde la defensa de un mínimo ético, pero otra defiende una absoluta neutralidad en los textos punitivos.

2.2. ¿Un «mínimo ético»?

Existen, *grosso modo*, dos posiciones doctrinales en relación con la defensa de la neutralidad del derecho penal. La primera de ellas defiende que este debe restringir sus intervenciones a la protección de los valores éticos esenciales de la sociedad —y únicamente de esos valores esenciales—, mientras que la segunda considera que en un Estado democrático y de derecho ninguna moral debe formar parte del derecho penal.

En general, el funcionalismo radical jakobsiano y su defensa de la prevención general positiva encuentra muchos puntos en común con el comunitarismo y la introducción de valores éticos en el derecho penal. Sin embargo, como señaló Alcácer (1998, p. 426), la prevención general positiva no necesariamente supone la introducción de los valores ético-sociales en el derecho penal, se puede adscribir tal posición a criterios liberales. Ese sería el caso de supuestos en que lo que se tuviese en cuenta en la función de restablecimiento de la vigencia de la norma fuesen elementos externos y no internos; es decir, basados en el comportamiento y no en las concepciones morales de los sujetos a los que se dirigen (Alcácer, 1998, p. 426).

En cualquier caso, en el funcionalismo radical de Jakobs parece claro que no se respeta el principio del derecho penal neutral, pues se introduce la defensa de la irrupción de la moral en las normas penales. Así, para Jakobs (2008), la vigencia de la norma debe afirmarse cuando es incumplida, pues su incumplimiento supone una negación de su vigencia, efecto del conflicto social entre el que cumple y el resto de la sociedad (pp. 35- ss.). Por otra parte, dentro de los planteamientos de este autor, «las normas necesitan de una cimentación cognitiva si se pretende que ofrezcan orientación; no basta con que puedan ser expuestas como correctas o plausibles» (Jakobs et al., 2008, p. 37), deben ser consideradas como tales, de manera que las expectativas normativas pasen a formar parte de la conciencia de los individuos hacia los que se dirigen y de la sociedad cuya existencia garantizan.

De esta manera, la prevención general de Jakobs es psicologista: requiere de la población una prestación moral al cumplimiento de las normas (Jakobs et al., 2008,

p. 152). Tal requerimiento de fidelidad al derecho no puede ser admisible en el marco de las sociedades democráticas donde los pensamientos diversos —incluidos los contrarios a normas existentes y su cumplimiento— deben ser respetados por el Estado. Como sugiere Ferrajoli (2012, p. 112), la teoría de Jakobs no pone ningún límite al derecho penal, convirtiendo todo delito en mera desobediencia.

Extramuros de la perspectiva de Jakobs, otras visiones de la prevención general positiva inciden en la inclusión de un mínimo ético en el derecho penal. Así, por ejemplo, Gil Gil (2003, pp. 9- ss.) ha sostenido una perspectiva de la prevención general positiva no psicologizante, adjudicándole a la pena la función de afirmación de la vigencia a la norma en sentido comunicativo, que persigue que se reafirmen los valores ético-sociales elementales que subyacen tras las normas penales en los destinatarios de estas (Gil Gil, 2003). Así, esta autora defiende la intervención de un mínimo ético como la mejor forma de proteger los bienes jurídicos.

Desde otra perspectiva, autores como Cerezo Mir (2004) y Antón Ónega (1944) han defendido que el derecho penal contiene las normas éticas básicas mínimas de la sociedad. Así, Cerezo Mir (2004, pp. 17-ss.) ha defendido que en la selección de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal las concepciones ético-sociales son decisivas, castigándose como delito las infracciones más graves de las normas de la ética social. Las normas de la ética social cambian con el tiempo, razón por la cual, según este autor, también cambian los bienes jurídicos objeto de protección penal. Sin embargo, el derecho penal solo debe proteger un mínimo ético, el necesario para la conservación de la sociedad: «el derecho penal ha de limitarse a tutelar las normas fundamentales de la Ética social» (Cerezo Mir, 2004, p. 18). En el mismo sentido, Antón Ónega (1944) defendió que la misión más elevada de la prevención general es «reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad» (p. 93) y solo de los preceptos morales estrictamente necesarios para la existencia del grupo social, por lo que no se corre el riesgo de absorber en la protección penal toda la moral.

La mayoría de las posturas hasta aquí expuestas en relación con la intromisión de un mínimo ético en el derecho penal se pueden considerar comunitaristas, en la medida en que legitiman la entrada de los valores morales dominantes de un grupo social en el ámbito de la norma penal, lo que es claramente contrario al principio de neutralidad propio de los Estados liberales en garantía del pluralismo y las libertades básicas. En el mismo sentido, Gómez Lanz (2018) ha indicado ya que el funcionalismo sistémico es un «paradigma exitoso de un derecho penal comunitarista» (p. 26), que considera que el derecho penal tiene por misión la confirmación de la identidad social.

Mir Puig (1976) sostenía, en *Introducción a las bases del derecho penal*, que era posible limitar la intervención penal según las valoraciones éticas de la sociedad (p. 159). Así, se distanciaba de la postura legitimadora del castigo de los actos exclusivamente inmorales, sosteniendo que solo se debe admitir que la punición de los ataques a bienes jurídicos sociales «deba *limitarse* (no que pueda ampliarse)» (Mir Puig, 1976, p. 159) por las valoraciones éticas de la sociedad.

Con posterioridad, Mir Puig (2003) ha sostenido que, en las normas penales, cobran especial importancia los valores jurídicos (pp. 73-ss.) que en ocasiones se encuentran explícitamente en la constitución o en otras normas, y en otros casos están implícitos en las normas jurídicas. Para Mir Puig (2003), es misión de la doctrina encontrar los valores que se encuentran tras las normas y, sobre ello, analizar su legitimidad (p. 77). Además, para el autor, «el jurista tiene que esforzarse por reflejar las aspiraciones más indiscutibles de su ámbito cultural» (Mir Puig, 2003, p. 78), donde las declaraciones internacionales de derechos humanos y constituciones son el punto de partida, para atribuirle una misión más garantista.

Pese a lo firme de su argumentación, en la posición defendida en este trabajo se disiente, en primer lugar, de la perspectiva inicialmente expuesta de Mir Puig (1976), pues se considera que permitiría justificar que el derecho penal (siquiera de modo subrepticio) introduzca valores en su normativa que sean contrarios a los principios que deben regir un Estado democrático. Es decir, si en una sociedad determinada la perspectiva ética dominante —que no tiene por qué ser la mayoritaria— considera que las grandes defraudaciones o el tráfico de drogas deben quedar al margen de la punición penal, porque aportan dinero a la sociedad, mientras mantiene la perspectiva de que es necesaria la retribución contra los pequeños hurtos, se están introduciendo valores en las normas penales y, en consecuencia, se está infringiendo el principio de proporcionalidad en la medida en que se sancionan con penas mucho más elevadas conductas mucho menos lesivas para los bienes jurídicos.

En cuanto a la segunda postura de Mir Puig (2003) en relación con los valores, pese a que se considera, como el autor hace, que los derechos humanos deben contextualizar el derecho penal, no se comparte la idea de que ello venga determinado por los valores culturales de un entorno determinado, sino por el hecho de que los derechos humanos son universales en el sentido que defiende Ferrajoli (2019, p. 52), es decir, desde la lógica de la cuantificación universal de sus titulares, vigente fuera de las áreas donde suscitan consenso.

También, desde una perspectiva más eficiente, no faltan autores que han defendido con sólidos argumentos que el derecho penal debe defender los valores de

la comunidad. En este sentido, Robinson (2012, pp. 45-ss.) ha defendido que las normas del derecho penal son objeto de mayor seguimiento cuando incorporan tales valores. Sin embargo, como indica Corcoy Bidásolo (2012, p. 154), la eficacia no puede ser el único criterio a tener en cuenta si se busca evitar el desarrollo de un Estado policial.

Contra posturas que incorporen cualquier ápice de valores morales se sitúan numerosos autores. Así, Roxin (1976, pp. 23-24) indica que el Estado no tiene legitimación para tutelar moralmente al particular, la intervención penal queda restringida entonces a la protección de bienes jurídicos y prestaciones. También a favor del principio de neutralidad entre derecho y moral se pronuncia Zaffaroni (1976, p. 25), sosteniendo que el derecho penal no puede tutelar la moral de otro modo más que posibilitándola, lo que permitirá el desarrollo libre de las posibilidades de los distintos individuos siempre que no incidan en un bien ajeno. En el mismo sentido, Polaino Navarrete (2003) se ha mostrado muy crítico con las posiciones defensoras de un mínimo ético en materia penal, en defensa de una autonomía plena del derecho penal y la moral (Polaino Navarrete, 2003, pp. 124-ss).

En cualquier caso, Ferrajoli (2011) ha defendido la relevancia de un derecho penal completamente separado de la moral, criticando toda postura que defienda un mínimo ético (pp. 31-ss.), considerando que no es más que la vieja tesis *iusnaturalista* o un reflejo del legalismo ético en que los principios constitucionales se pretenden en todo caso justos (Ferrajoli, 2019, p. 54; 2011, p. 31). En cambio, como sostiene este mismo autor, el universalismo de los derechos fundamentales permite tutelar al débil frente a cualquiera, también frente a las culturas dominantes en las comunidades de pertenencia (Ferrajoli, 2019, p. 49). Al riesgo tiránico de la mayoría o la cultura dominante solo se le puede poner límite a través de la preeminencia de los derechos y la absoluta separación entre derecho y moral, que son garantía de la libertad. Los derechos no se basan, como indica el autor italiano, en la pretendida validez ontológica o cultural o alguna coparticipación moral (Ferrajoli, 2019, pp. 51-ss.), sino en su atribución a todos los ciudadanos, con independencia de que susciten o no consenso en las tradiciones socioculturales en que estos viven.³

De la lectura de las aproximaciones doctrinales hasta aquí expuestas cabe concluir, en primer lugar, que dentro de este abanico de posibilidades teóricas lo que es en todo caso claro es que la neutralidad estatal y la separación entre derecho y moral —laicidad del derecho, en términos de Ferrajoli (2011; 2019)— son una garantía básica de los derechos y las libertades, y, con ello, del pluralismo.

3 Contra la tesis de Ferrajoli, se ha posicionado Atienza (2012, pp. 19-ss.).

En todo caso, Portilla Contreras (2003) ha defendido que no existe «ni existirá jamás un derecho penal neutral» (p. 139), porque se pueden encontrar bajo la superficie de la articulación de normas penales la preeminencia de valores como el mercado competitivo si bien ha de defenderse el mantenimiento de la neutralidad estatal a través de la separación entre derecho y moral frente a posiciones funcionalistas que imponen la fidelidad normativa (Portilla Contreras, 2003, pp. 139-ss.).

Aquí se defiende que el derecho penal debe ser neutral, no cabe la defensa de meros valores éticos a través del poder punitivo que configure a este como un método de perfeccionismo moral. Se considera que es garantía de ello que el derecho penal se oriente y se limite por la defensa de los derechos humanos considerados en sentido material.

En cualquier caso, la filosofía comunitarista proporciona un sostén para las posiciones que introducen la ética en el marco del derecho penal; no solo para la defensa de la introducción en el derecho penal de un mínimo ético, sino que prácticamente abren la puerta a posturas que defiendan la configuración del derecho penal con un papel moralizador. Gómez Lanz (2018) ya ha indicado que las perspectivas comunitaristas del derecho penal llevan consigo un énfasis punitivo —exacerbado en relación con los móviles o las opiniones— al pretender establecer un horizonte moral común, restringiendo el alcance del principio de lesividad e introduciendo en el derecho positivo la imposición de las convecciones éticas imperantes en la comunidad «sin otro límite que la propia decisión del legislador» (p. 23).

Como se ha señalado, el respeto a los derechos fundamentales y a los Estados sociales y democráticos de derecho imponen que cualquier papel moralizador de la sociedad a través del derecho penal sea descartado y, con ello, también todas las posturas que defienden la creación de un derecho penal «de» la comunidad y sus valores dominantes. Frente a ello, la idea rawlsiana de que el liberalismo se debe ocupar de la justicia y no de las concepciones del bien de la comunidad (Rawls, 2006, pp. 493-ss., Alcácer Guirao, 1998, p. 497) parece más conciliable con el contexto del Estado democrático de derecho. En el mismo sentido, Rawls (1995, p. 263) ha reiterado que en sociedades pluralistas la única alternativa a la neutralidad moral es el uso opresivo del poder estatal (Alcácer Guirao, 1998, pp. 494-495).

2.3. Autopoiesis y perpetuación del *statu quo*

Para el comunitarismo el derecho adquiere su legitimidad no por un presupuesto de consenso basado en el diálogo y la razón, sino por ser emanación de la comunidad dada (Alcácer Guirao, 1998, p. 496).

Esta retórica comunitarista es identificable con la visión del funcionalismo defendida por Jakobs (1996). Si las normas de la comunidad deben articularse de acuerdo con la concepción comunitaria del bien, es natural que, como considera Jakobs (1996), el derecho penal represente «la identidad no modificada de la sociedad» (p. 19), defendiendo que la posición del derecho penal solo tiene por objeto «proteger el *statu quo*», no «definir posiciones sociales o jurídicas» (Jakobs, 1996, pp. 40-41). Así, el derecho penal se presenta como instrumento de descripción científica de lo existente, «no se trata del derecho penal de una sociedad deseable, sino del derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico» (Jakobs, 1996, p. 40) y, por tanto, la ciencia del derecho penal «es impotente frente a los cambios políticos de valores» (Jakobs, 1996, p. 41) y no puede optar en su favor. El comunitarismo tiene una retórica determinista⁴ y justificante del *statu quo*, igual que sucede con la posición de Jakobs (1996).

Las posiciones expuestas del comunitarismo y de la prevención general positiva son criticadas (no sin razón) por una importante parte de la doctrina por ser autojustificadoras y, por tanto, no someter al derecho penal a ningún parámetro externo para defender su legitimidad.

Así, Ferrajoli (2012) afirma que la defensa del principio de ofensividad en el sentido heteropoiético de necesaria protección de los bienes jurídicos es garantía de separación entre derecho y moral. Sin embargo, el principio de ofensividad concebido como lo hace Jakobs (1996), de modo autopoiético —que requiere únicamente la perturbación de la estructura normativa de la sociedad o el «daño social»—, no garantiza límite alguno a la potestad punitiva, no puede impedir *per se* «la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral”» (Ferrajoli, 2012, pp. 109-110). Como indica Ferrajoli (2012), la moral dominante se puede acabar representando como «moral oficial» (p. 110) a proteger, al considerarla como constitutiva de la estructura normativa de la sociedad.

Así, al introducirse la moral en la configuración legal de la sociedad, es inevitable considerar que lo legal se autojustificaría, afirmándose como justo por su mera existencia:

Si el bien tutelado por la norma penal y su misma “vigencia”, si el daño generado por el delito no consiste en la lesión de un bien externo a este, sino en la lesión de la misma norma jurídica, si, en últimas, el fin del derecho penal es la protección de sí mismo, entonces está

⁴ El comunitarismo hace depender así «la crítica moral respecto de la práctica moral de la sociedad» (Nino, 1988, p. 367).

claro que una concepción así del bien jurídico, de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena no es capaz de sugerir ningún límite al derecho penal. Con base en esta concepción autopoiética, todos los delitos son delitos de mera desobediencia (Ferrajoli, 2012, p. 112).

Como indica Portilla (2003, pp. 139-ss.), basar la legitimidad de las normas en su mera existencia supone su aceptación acrítica; esto es contrario a la tarea de la ciencia penal, que es controlar críticamente la legislación (Donini, 2010, p. 4).

Tal concepción abre la puerta a todo autoritarismo intolerante. Ejemplo de ello son algunas normas que el nacionalsocialismo aprobó o intentó aprobar —*vid.* Muñoz Conde (2003, pp. 488-ss.) en relación con el proyecto de ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad—. Cualquier postura que permita la autojustificación de la norma por la norma o por los valores morales que esta encarna condena a sus destinatarios a la perpetuación del *statu quo* y a la homogeneización social. De hecho, los penalistas del nacionalsocialismo alemán se oponían a la idea de bienes jurídicos al considerarla individualista; defendían, en cambio, la idea de infracción de un deber, considerada más adecuada con la concepción colectivista del Estado (Mir Puig, 2003, p. 78).

2.4. De un derecho penal «de» la comunidad a un derecho penal «para» la comunidad

Se ha visto que la filosofía comunitarista defiende que las instituciones no deben ser neutrales, deben posicionarse y regirse por la concepción ética que prime en la comunidad. En este sentido, hay que aclarar que, como es evidente, los contextos y comunidades condicionan tanto la integración a la comunidad como la posición en la misma, premian por lo que se estima merecedor de honra y castigan por comportamientos indecorosos. Además, la concepción ética dominante en una sociedad condicionará las normas a través de las que se institucionalice. Sin embargo, no deja de ser verdad que tal situación ontológica no debe pasar al estadio de lo deontológico. El derecho debe ser neutral en relación con las concepciones morales en garantía de los derechos y libertades fundamentales y con ello del pluralismo de toda clase. Ello tiene especial relevancia en el derecho penal, dado su carácter limitador de derechos fundamentales, pues si se abre la puerta a la entrada de la moral en el derecho penal ello significará que no hay garantía de que la disidencia y la diferencia no serán oprimidas.

Por tanto, la posición defendida en este trabajo es la del liberalismo pluralista defensor de la separación entre derecho y moral, y, con ello, de la necesaria neutralidad

del derecho penal.⁵ Pese a que, como se ha ya expresado, las normas penales surgen para garantizar los derechos de los individuos y su convivencia en la sociedad —y que con la protección de los individuos se beneficia la sociedad en su conjunto—, estas no tienen legitimidad, en cambio, para perpetuar perspectivas éticas sobre lo que es bueno o malo en una sociedad, a diferencia de lo que pueden hacer asociaciones o comunidades privadas (Rawls, 1995, p. 263).

En el marco de la defensa de la neutralidad del derecho penal se ha expuesto el dilema entre la conveniencia de mantenerlo como absolutamente neutral o la defensa del mantenimiento de un «mínimo ético» garantizado por el derecho penal. Algunos constitucionalistas, como Atienza (2012), han sostenido que la doctrina penal debería asumir que los conceptos básicos del derecho penal tienen un elemento valorativo inevitable que, para su comprensión y manejo, exigen la consideración de elementos morales (p. 38). En cambio, Ferrajoli (2012) no considera que se pueda deducir que las normas y constituciones incorporen valores; el que no se deba separar el derecho y la moral, como propone el constitucionalismo legalista, confunde la validez de la ley con la justicia y el «ser» legislativo del derecho con el «deber ser» constitucional (pp. 31-ss.).

En cualquier caso, por la limitación, este artículo no profundizará más en este debate, pero desde la perspectiva aquí defendida, lo que se sostiene es que el único «minimísimo ético» respetuoso con la libertad propia de los Estados democráticos es la configuración de los derechos humanos —en sentido material— como un límite y como un criterio orientador del derecho penal y de la política criminal.⁶ Así, se mantiene la separación entre derecho y moral y la defensa de la neutralidad del derecho penal. Un derecho penal que no respete los derechos humanos en sentido material (principalmente, un derecho penal que no respete los que constituyen la base de aquellos: la dignidad, la libertad y la igualdad) o que no se oriente a su protección, no puede ser considerado neutral. La garantía de protección de los derechos humanos se articula a través de la exclusiva protección de las lesiones más graves hacia los bienes jurídicos más importantes que protegen, en definitiva, los derechos fundamentales (Muñoz Conde, 2001, pp. 561-ss., Roxin, 1997, pp. 55-ss.).

5 Sin embargo, dada la limitación del trabajo no se pretende profundizar en las posiciones del liberalismo, que pretenden ser analizadas con mayor profundidad en el futuro.

6 No se comparte la perspectiva de Jakobs (2008) cuando señala que pudiendo suceder que una sociedad sea irrespetuosa con los derechos humanos, no se podría «orientar al ciudadano con base en sus derechos humanos» (p. 28). No se habla aquí de orientar al ciudadano, sino de orientar al derecho penal, de ponerle límites; precisamente su orientación neutral a excepción de la necesaria perspectiva de la defensa de los derechos humanos es un límite necesario y elemental.

En conclusión, el derecho penal protege a la sociedad y a los individuos que la conforman. En este sentido, es un derecho penal «para» la comunidad. Sin embargo, no debe erigirse como un derecho penal «de» la comunidad dada, que defienda sus valores morales, pues no se puede garantizar que un sistema punitivo de tal calibre no se configure como autoritario e intolerante.

3. Algunas manifestaciones controvertidas del derecho penal «de» la comunidad

Un derecho penal comunitarista entraña muchos peligros. Sus rasgos que, como se ha visto ya, implican una exacerbación punitiva, permiten identificarlo con muchos de los cambios acontecidos en el marco de la «expansión» del derecho penal que han llevado consigo la «deconstrucción del paradigma liberal del derecho penal» (Demetrio Crespo, 2006, p. 92). Muchos de los cambios derivados de una comprensión comunitarista de la intervención punitiva han sido identificados por Gómez Lanz (2018): una comprensión más amplia del principio de lesividad, la progresiva introducción de bienes supraindividuales, la generalización de los delitos de peligro abstracto y acumulativos, la propagación de delitos de infracción de deber y la punición de conductas correspondientes a opiniones morales divergentes (pp. 22-26). A continuación, se reseñan algunas de las manifestaciones más rudas de un derecho penal comunitarista.

3.1. El «derecho penal» del enemigo

El «derecho penal» del enemigo es la manifestación más cruda del derecho penal comunitarista. Como es sabido, en el marco del populismo simbólico y punitivo del derecho penal desarrollado en Occidente (Cancio Meliá, 2010, pp. 18-19), se ha venido reconociendo un derecho penal dirigido hacia la exclusión del enemigo. Inicialmente, las referencias a este derecho penal de neutralización de los enemigos se exponían como visión de la realidad normativa (Jakobs, 1996), pero después se configuró como posición teórica doctrinal, cuyo principal defensor es precisamente Jakobs (2008). En cualquier caso, se trata de una forma de derecho penal ya vigente (Cancio Meliá, 2008, p. 73).

Desde la perspectiva del derecho penal del enemigo se considera que no todos los miembros de la sociedad deben ser tratados como personas. En este sentido, indicaba Jakobs (2008) que «hoy todos deben ser tratados como personas en derecho (...) siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos» (p. 27). Así, el derecho penal del enemigo orienta el ordenamiento jurídico-penal

hacia la neutralización de una categoría «especial» de delincuentes: los enemigos (Cancio Meliá, 2010, p. 19). El enemigo frente al que reacciona este derecho penal es «un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*» (Jakobs et al., 2008, p. 51).

Se escinde el derecho penal en dos categorías diferenciadas aunque, precisamente una de las críticas de la doctrina es la imposibilidad de establecer un vallado que separe claramente a los ciudadanos y los enemigos, de manera que la puerta a la relajación de garantías y a la exclusión se abre a todos (Cancio Meliá, 2008, p. 86). Así, el del enemigo es solo uno de los dos «polos» del derecho penal, donde la finalidad del ordenamiento es combatir peligros. El otro polo del derecho penal ya se ha presentado, aquel del ciudadano: se garantiza la vigencia de la norma (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pp. 42-43).

Esta retórica recuerda a la comunitarista, donde el individuo se desvanece en el seno de la comunidad, que debe ser protegida por las instituciones y las normas, con lo que se justifica la exclusión o expulsión de los individuos extraños a la comunidad. Así, MacIntyre (2019), uno de los principales filósofos comunitaristas, indica que hay dos formas de fallar a una comunidad, dejando de ser bueno o virtuoso para el grupo o bien cometiendo un delito contra la ley:

Un delito contra las leyes destruye las relaciones que hacen posible la común persecución del bien; el carácter defectivo, a la vez que es más susceptible de cometer delitos, incapacita para contribuir al logro del bien sin el cual la vida común de la comunidad no tiene objeto (p. 192).

Un *inimicus* sería, por tanto, para Jakobs (2008) —siguiendo la terminología comunitarista— un miembro de la comunidad que tiene el carácter defectivo en extremo, de manera que no puede contribuir a los logros de esta y se vuelve un potencial delincuente de quien no se prevé que guarde fidelidad a la norma. Por tanto, no podrá cumplir el fin que, para Jakobs (2008), se atribuye al derecho penal del ciudadano, el restablecimiento de la vigencia de las normas penales desde una perspectiva psicologicista de la tendencia hacia su cumplimiento.

Así, señala MacIntyre (2019) que, en el caso de cometerse un delito, la respuesta «habría de ser el considerar que la persona que los cometiera se excluía a sí misma de la comunidad» (p. 191). Esta idea es muy semejante a la expuesta por Jakobs et al. (2008) en relación con el derecho penal del enemigo, pues afirma que el enemigo se colocará a sí mismo en tal posición, la exclusión en una sociedad de la libertad siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en

ciudadano (p. 46). De esta manera, partiendo de la noción de que «quien deba ser persona, debe “participar”, y eso significa que debe hacer su parte, esto es garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico» (Jakobs et al., 2008, p. 45-46), no es que la sociedad no deje entrar al enemigo, sino que él se obstaculiza la entrada en ella. En cualquier caso, no se comprende la lógica de Jakobs et al. (2008) cuando expresa que el mecanismo de estabilización normativa propio de la prevención general positiva es un mecanismo social, pero al mismo tiempo entiende que los «enemigos» de la sociedad rescinden unilateralmente su condición de ciudadanos colocándose en aquella posición (p. 79).

El derecho penal del enemigo superpone la seguridad sobre la libertad, de manera que, pretendidamente, se configura como orientado hacia el combate de peligros. Las garantías se ven relajadas al aplicarlo, adelantándose las barreras de punición, incrementándose las penas y relativizando o suprimiendo garantías procesales. En realidad, el derecho penal del enemigo se orienta hacia la exclusión de los enemigos de la categoría de ciudadanos (Jakobs et al., 2008, pp. 77-ss.) de tal manera que, en realidad, no se declara a los «enemigos» como peligros a neutralizar, sino que son demonizados.

Su área paradigmática se encuentra en los delitos de terrorismo, pero el populismo punitivo ha hecho que se amplíe su aplicación no solo a los delitos de ideología afín al terrorismo, sino también a los de mera disidencia ideológica. En este sentido, en España es especialmente preocupante la configuración de delitos de expresión u opinión como el delito de enaltecimiento del terrorismo —artículo 578 CP, cuya aplicación ha sido sometida a una importante expansión hasta la intervención del Tribunal Constitucional— (Pena González, 2019b, pp. 87-ss; 2020), el amplísimo delito del artículo 510 CP, que castiga —entre un gran catálogo de conductas— la promoción (incluso indirecta) del odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación contra grupos por motivos racistas, antisemitas o discriminatorios —sancionando también la mera posesión de material idóneo para incitar indirectamente, por ejemplo, a la hostilidad contra tales grupos, nótese la amplitud de los conceptos jurídicos indeterminados que componen el delito—, u otros delitos, como el de mero acceso reiterado a páginas web idóneas para incitar a la colaboración con el terrorismo (artículo 575.2 CP). En todos estos delitos se trata de hacer desaparecer las ideas disidentes de las cabezas de quienes las piensan (Cancio Meliá, 2010, p. 285), no exigiéndose lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales.

El derecho penal del enemigo ya carece de legitimidad para los supuestos (más graves), a los que se supone que está destinado a responder (como el terrorismo),

pero, además, al someterse a una lógica «fuzzy» (Donini, 2007, p. 21) acaba por aplicarse a los meros disidentes ideológicos de la ética mayoritaria de la sociedad. Así, la ética dominante de la comunidad se impone de modo coactivo a los ciudadanos, y cualquiera de ellos puede convertirse en enemigo.

En definitiva, el derecho penal deja de ser un derecho penal del hecho para convertirse en un derecho penal de autor (Ferrajoli, 2012, p. 112); la tipificación penal deja de tener como base solo hechos, para fundarse también en otros elementos «con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de enemigos» (Jakobs et al., 2008, p. 88). En este sentido, ha señalado Ferrajoli (2012) que la función autopoietica de prevención general positiva de Jakobs (en el sentido ya expuesto) justifica la configuración como lesivas de las identidades personales «por ser (valoradas como) subversivas o terroristas o fundamentalistas o con diversas inclinaciones hacia el delito u objetivamente peligrosas o bien como enemigo» (Ferrajoli, 2012, pp. 112-113). Así, el derecho penal del enemigo renuncia al principio del hecho, dejando que una categoría de sujetos (cuya amplitud es indeterminada) quede excluida del círculo de ciudadanos, identificados como ajenos al sistema, enemigos.

En definitiva, el derecho penal del enemigo no es compatible con los presupuestos propios del Estado democrático y de derecho y se identifica con modelos despóticos y autoritarios (Ferrajoli, 2012, p. 113).

3.2. Derecho penal de aporofobia

Una manifestación más sutil, aunque también discutible, del derecho penal comunitarista se puede encontrar en el derecho penal de aporofobia. La aporofobia se ha definido como «el odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado» (Cortina Orts, 2017, p. 24) y su existencia y persistencia se basan en la presencia de instituciones que sostienen el *statu quo* de desigualdad y exclusión. Las cifras de desigualdad y pobreza no dejan de crecer y la situación se agrava ante la pandemia (Banco Mundial, 2020), por lo que los efectos de la aporofobia institucionalizada se acrecientan.

Precisamente, el derecho penal es una de esas instituciones, que, configurándose como clasista (Ferrajoli, 2019, p. 80), aporófoba y plutófila, focaliza la atención de la política criminal en los delitos menos dañinos, que son los que más cometen las personas pobres (Terradillos Basoco, 2020).

Un derecho penal democrático debe ser neutral. Ello se opone a la configuración desigual y discriminatoria del derecho penal, pues esta supone una intervención latente de los valores, como la productividad, asentados en las comunidades

neoliberales contemporáneas. Así, por ejemplo, *La piedad y la horca*, de Geremek (1989), muestra cómo los primeros esbozos del libre mercado y de la competencia durante el protocapitalismo introdujeron la idea de un *ethos* relacionado con la productividad, lo que lleva al desarrollo de diferentes políticas —prohibición de la mendicidad, registros de pobreza, obligación de trabajar, promoción de los valores del trabajo, etc. (Vid. Antón Óneca, 1944, pp. 90-ss.). Del mismo modo, como reseña Cerezo Mir (2004, p. 17), la supresión del delito de usura se justificó en el proyecto del Código Penal de 1992 (base del de 1994), en la Exposición de Motivos se señaló que «se ha aceptado que el precio del dinero es algo que depende del mercado y de las circunstancias que concurran».

Tales valores éticos de competencia y productividad tienen todavía mayor vigencia en las sociedades liberales occidentales contemporáneas. En cualquier caso, la concepción comunitarista, que justifica la expulsión de los individuos no virtuosos de la comunidad, legítima, en el ámbito de las sociedades liberales, que se justifique la criminalización de los pobres como no productivos y la recompensa a los poderosos y productivos.

Como expresa De Giorgi (2005), se criminaliza a los de siempre «los sin techo, los drogodependientes y pequeños traficantes, los grafiteros, las prostitutas y los jóvenes afroamericanos del gueto» (p. 171). En España son ejemplo de ello las distintas propuestas políticas hacia el endurecimiento de las reacciones punitivas a las «ocupaciones de inmuebles», o la reforma punitivista de la normativa penal en relación con el «top manta» desarrollada en 2015 (Martínez Escamilla, 2018).

Por otra parte, como ya se ha mencionado, Portilla (2003) ha identificado bajo la superficie del derecho penal la preeminencia de valores de la economía de mercado (p. 139), por ejemplo, en el ámbito de los grandes delitos económicos en que se descarta en España la intervención penal dentro de ciertos límites cuantitativos.

Así, lo que se ha venido a denominar derecho penal de aporofobia es un reflejo de la idea de que los pobres son malos para la comunidad, vagos e improductivos. Por tanto, en definitiva, no es respetuoso con la necesaria separación entre derecho y moral que la intervención penal se vea mediada por los valores éticos predominantes en la sociedad, ni siquiera si lo hace de modo latente.

Los filósofos comunitaristas son conscientes de estas críticas y han tratado de defender que el excesivo papel del mercado y la excesiva mercantilización de nuestras vidas son ajenos a lo que una sociedad debe considerar virtuoso (es el caso de Sandel, 2016, pp. 90-ss). Sin embargo, si imperan las nociones de lo bueno y lo malo sobre la justicia y los derechos, está claro que en el marco de las sociedades capitalistas occidentales *se debe* premiar al eficiente y competitivo y sancionar al

pobre disfuncional. Solo el límite de los derechos y, en el ámbito del poder punitivo, la neutralidad del derecho penal, pueden garantizar la no intromisión de los valores de mercado en las instituciones.

3.3. La cuestión de los delitos políticos

Un delito político es aquel que supone la incriminación de posturas ideológicas o políticas, que determina la intromisión del derecho penal en el ejercicio político y sanciona el mero ejercicio de actividades políticas⁷ (Pena González, 2019a, pp. 79-ss., Benlloch Petit, 2001, p. 178).

Tales delitos no pueden existir en ordenamientos democráticos ni respetuosos con los derechos humanos. Allí donde no haya verdadera democracia, es decir, donde no haya posibilidades de acudir a vías pacíficas institucionales para realizar los fines ideológicos o políticos de los miembros de la sociedad, la resistencia frente a la opresión se acaba convirtiendo en delito político.

Del mismo modo, allí donde exista «delito político» no hay democracia. En este sentido, hay que aclarar que los delitos que sancionan, en el marco de los Estados democráticos y de derecho, determinadas acciones lesivas para bienes jurídicos con una pena más grave por la finalidad que persiguen no son delitos políticos (así sucede con los casos de los delitos de terrorismo y rebelión en el código penal español).⁸ En ellos lo que se castiga es la utilización de medios antijurídicos y violentos para alcanzar fines para los que hay habilitados cauces democráticos; es decir, que se sancionan por generar una mayor lesividad, no solo a los concretos bienes jurídicos puestos en peligro —vida, integridad, etc.— sino también al mantenimiento del Estado democrático y de derecho.

En el mismo sentido, Lamarca Pérez (1993, p. 549) afirma que las actividades políticas en sí mismas no pueden ser delito en un sistema de libertades, mientras no se traduzcan en acciones delictivas que se orienten a alterar el orden constitucional. Además, como indica la autora, a pesar de que el legislador puede tener en cuenta la existencia de una finalidad política, no puede realizar distinciones en función de la inspiración, pues en tal caso se estarían juzgando según las ideologías y no según las conductas (Lamarca Pérez, 1993, p. 549). Igualmente, considera Benlloch Petit (2001), que, en un Estado democrático y pluralista, el derecho penal solo debe ocuparse de determinadas consecuencias delictivas de un conflicto político, pero no debe tomar postura en el conflicto político como tal (p. 178).

7 El concepto de delito político surge con el fin de excluir la extradición de tales delitos y de dispensarles un tratamiento más benévolo (Pena González, 2019a, p. 80).

8 Sin embargo, en la práctica, la continua apertura del concepto de terrorismo a fines no políticos y la reducción de las exigencias de lesividad hacen dudar de esta conclusión (Pena González, 2019a).

La inclusión de delitos políticos en el ordenamiento punitivo es otra manifestación extrema de un derecho penal «de» la comunidad, que no admite ninguna fórmula moral ni política ajena a la comunidad mayoritaria o predominante por la fuerza del Estado o de organizaciones paraestatales.

De esta manera, si existe el delito político, derecho y moral se funden y, como consecuencia, se sustrae a los ciudadanos de las posibilidades de participar con posiciones ideológicas diferentes, desarrollándose un Estado contrario a la tolerancia y al pluralismo. Queda patente el vínculo entre las fórmulas comunitaristas y el autoritarismo intolerante. En fin, como señala Ferrajoli (2019), solo las garantías de los derechos de libertad aseguran el igual valor, la igual dignidad social y la pacífica convivencia de todas las diferencias de identidad personal «cualesquiera que sean, incluso las diferencias (que juzgamos) más diversas» (p. 42).

Conclusiones provisionales: La neutralidad y los derechos humanos como límite al derecho penal

En cualquier caso, las conclusiones extraídas en este trabajo son todavía provisionales y se enmarcan en una investigación más amplia que la autora está desarrollando.

Sin dejar de reconocer las aportaciones del comunitarismo y la complejidad de las diferentes teorías que componen tal corriente, parece importante identificar qué teoría política permite justificar manifestaciones del derecho penal como las aquí descritas.

Lo expuesto en este trabajo deja claro que un derecho penal que no solo se configure «para» la comunidad y sus individuos, sino también para defender la moral imperante «de» esa comunidad no puede ser considerado legítimo. Ha quedado patente que es necesaria la orientación y limitación del derecho penal hacia la defensa de los derechos humanos, en particular, de sus bases: la dignidad, libertad e igualdad, si no se quieren admitir derechos penales discriminatorios o excluyentes.

El comunitarismo proporciona una base filosófica óptima para la defensa de modalidades del derecho penal, que ya están presentes en los Estados y que son inadmisibles en los Estados democráticos al abrir las puertas a la intolerancia y la exclusión —como el derecho penal del enemigo, el derecho penal de aporofobia o la existencia de delitos políticos—. Solo la posición del liberalismo universalista y con este, la neutralidad estatal, pueden poner límite a la coerción autoritaria de un Estado intolerante frente a posiciones minoritarias o no imperantes en relación con lo que es bueno.

El derecho penal no debe reflejar las virtudes de ninguna comunidad dada ni mucho menos de cualquier comunidad dada. Cuanto menos conciliables sean los

valores y virtudes de esa comunidad dominante con los derechos humanos de la universalidad de individuos, menos admisible será la introducción de valores de la sociedad en los textos punitivos. El ejercicio de la fuerza a través del derecho penal se articula, sustancia y legitima sobre la base de los principios constitucionales del Estado social y democrático de derecho, por lo que sus límites y su actuación se deben articular también a través de aquellos principios.

Referencias

- Alcácer Guirao, R. (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 51(1-3), 365-578.
- Antón Ónega, J. (1944). *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Discurso de apertura del curso académico*. <https://gredos.usal.es/handle/10366/115904>
- Atienza, M. (2012). Constitucionalismo y derecho penal. En J. C. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal* (pp. 19-39). Marcial Pons.
- Banco Mundial. (2020). *Entendiendo la pobreza*. <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview#:~:text=De%20acuerdo%20con%20estimaciones%20del,magnitud%20de%20la%20crisis%20econ%C3%B3mica>
- Benlloch Petit, G. (2001). El derecho penal ante el conflicto político. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 54(1), 175-225.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Pérez Cepeda, A. I., & Zúñiga Rodríguez, L. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (Tomo 1). Iustel.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Curso de derecho penal español*. Tecnos.
- Corcoy Bidásolo, M. (2012). Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. En J. C. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal* (pp. 153-173). Marcial Pons.
- Cortina Orts, A. (2017). *Aporofobia: el rechazo al pobre*. Paidós.
- Demetrio Crespo, E. (2006). Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Nuevo Foro Penal*, (69), 65-99.
- Donini, M. (2010). Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, (13), 1-20.

- Donini, Massimo (2007). El Derecho penal frente al “enemigo”. En P. Faraldo Cabana (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración* (pp. 15-93). Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34, 15-53.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, (79), 100-114.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta.
- Geremek, B. (1989). *La piedad y la horca*. Alianza Editorial.
- Gil Gil, A. (2003). Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 9-36). Tecnos.
- de Giorgi, A. (2005). *Tolerancia cero*. Virus Editorial.
- Gómez Lanz, J. (2018). La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. *InDret Penal*, (3).
- Hormazábal Malerée, H., & Bustos Ramírez, J. J. (1997). *Lecciones de derecho penal (Volumen I)*. Trotta.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.
- Jakobs, G. (2010). ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal. En M. Polaino-Orts, M. Polaino Navarrete, & G. Jakobs (Eds.), *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social* (pp. 11-33). Ara Editores.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- Jakobs, G., Cancio Meliá, M., & Feijoo Sánchez, B. (2008). *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad*. Thomson Reuters.
- Lamarca Pérez, C. (1993). Sobre el concepto de terrorismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 46(2), 535-560.
- Laporta, F. J. (1995). Comunitarismo y nacionalismo. *Doxa*, 17(8), 53-68.
- Luzón Cuesta, J. M. (2018). *Compendio de derecho penal, parte general*. Dykinson.
- Macintyre, A. (2019). *Tras la virtud*. Austral.

- Martínez Escamilla, M. (2018). La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *InDret Penal*, (1). <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1363.pdf>
- Mir Puig, S. (2003). Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 135-146). Tecnos.
- Mir Puig, S. (1976). *Introducción a las bases del derecho penal*. Bosch.
- Molina, I. (1998). *Conceptos fundamentales de ciencia política*. Alianza Editorial.
- Muñoz Conde, F. (2001). Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal. En G. Quintero Olivares, & F. Morales Prats (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (pp. 561-574). Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. (2003). El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (487-510). Tecnos.
- Nino, C. (1998). Liberalismo “versus” comunitarismo. *RCEC*, (1), 363-376.
- Pena González, W. (2019a). *El concepto de terrorismo*. Ratio Legis.
- Pena González, W. (2019b). El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: “Derecho penal” del enemigo. *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, (221).
- Pena González, W. (2020). El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo, comentario a la STC 35/2020 de 25 de febrero. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (5).
- Pérez Cepeda, A. I. (2007). El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal. En P. Faraldo Cabana (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración* (pp. 95-159). Tirant lo Blanch.
- Polaino Navarrete, M. (2005). Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. *Derecho Penal y Criminología*, (79), 77-97.
- Polaino Navarrete, M. (2003). Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 109-134). Tecnos.

- Portilla Contreras, G. (2003). Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 135-146). Tecnos.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Robinson, P. H. (2012). El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. En J. C. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal* (pp. 41-65). Marcial Pons.
- Roxin, Claus. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Reus.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal, parte general (Tomo 1)*. Civitas.
- Sandel, M. (2016). *Justicia*. Penguin Random House.
- Santiago Juárez, R. (2010). El concepto de ciudadanía en el comunitarismo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (23), 154-174.
- Taylor, C. (1996). *Fuentes del yo*. Paidós.
- Terradillos Basoco, J. (2020). *Aporofobia y plutofilia*. Bosch.
- Thiebaut, C. (1992). *Los límites de la comunidad*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Walzer, M. (1993). *Esferas de justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Zaffaroni, E. R. (1975). *Manual de Derecho penal, parte general*. Editorial Ediar.