

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LES PRÉSIDES ET PRO

# Revista

Enero 2021

47

Revista Penal

# Penal

Enero 2021



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 47

## Sumario

---

### Doctrina:

– Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal, por <i>María Acale Sánchez</i> .....	5
– Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of “Functionalism”, por <i>Lars Berster</i> .....	24
– Algunas notas para el análisis del delito de administración desleal, por <i>María Victoria Campos Gil</i> .....	31
– Cumplimiento y responsabilidad penal. Sobre la responsabilidad del empresario en la existencia de un oficial de cumplimiento (compliance officer). Criterios generales de imputación. Observaciones sobre el Derecho penal brasileño, por <i>Alexis Couto de Brito</i> .....	41
– Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco), por <i>Beatriz García Sánchez</i> .....	61
– Aproximación al estudio del delito de prevaricación judicial, por <i>Pilar Gómez Pavón</i> .....	84
– La financiación ilegal de partidos políticos y el blanqueo de dinero, por <i>Daniel González Uriel</i> .....	104
– Los valores tradicionales como bienes jurídicos protegidos también en el ciberespacio: a propósito del confinamiento provocado por la crisis sanitaria del COVID-19, por <i>Jon López Gorostidi</i> .....	126
– Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i> .....	153
– Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	176
– Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica, por <i>Fernando Navarro Cardoso</i> .....	193
– El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle, por <i>Héctor Olasolo y Clara Esperanza Hernández Cortés</i> .....	227
– El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia, por <i>Wendy Pena González</i> .....	248
– Las empresas transnacionales y la protección de la vida y salud de los trabajadores. Una propuesta político-criminal para la persecución global del delito de riesgos laborales, por <i>Lucía Remesaro Coronel</i> .....	263
<b>Sistemas penales comparados: Aporofobia y Derecho Penal (<i>Aporophobia and criminal law</i>)</b> .....	283

### Bibliografía:

– Recensión: “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View”, de Lorena Bachmaier, Stephen C. Thaman y Veronica Lynn (eds.), por <i>Antonio Martínez Santos</i> .....	338
--	-----

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva *Arias Montano*: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



am  
Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Demelsa Benito Sánchez (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia

Wendy Pena González

Revista Penal, n.º 47. - Enero 2021

### Ficha técnica

**Autor:** Wendy Pena González

**Adscripción institucional:** Doctoranda en Estado de Derecho y Gobernanza global (Universidad de Salamanca). Becaria del servicio de doctrina constitucional (Tribunal Constitucional). Miembro del equipo de trabajo del Proyecto Aporofobia y Derecho penal (RTI2018-095155-B-C21)

**Title:** Communitarianism and the aporophobic criminal law

**Sumario:** 1. Exclusión y pobreza. la aporofobia y la plutofilia. 2. Bases ideológicas del derecho penal de aporofobia. el comunitarismo. 3. El comunitarismo y el binomio inclusión/exclusión. 3.1. Pertenencia y vida buena. 3.2. Las virtudes en las sociedades neoliberales contemporáneas. 3.3. ¿Qué pasa con los no virtuosos? De las animadoras a los pobres. 3.4. Del Derecho y los derechos. Moral mínima y Estado neutral. 4. ¿Comunidad o individuo? Bases últimas del Derecho penal. 5. Conclusiones. un Derecho penal esencialmente injusto.

**Summary.** 1. Exclusion and poverty. aporophobia and plutophilia. 2. Ideological bases of the criminal law of aporophobia. communitarianism. 3. Communitarianism and the inclusion/exclusion binomial. 3.1 Belonging and the good life. 3.2. The virtues in contemporary neoliberal societies. 3.3. What about the non-virtuous? From cheerleaders to the poor. 3.4. Law and rights. Minimum morality and neutral State. 4. Community or individual? Ultimate bases of criminal law. 5. Conclusions. an essentially unjust criminal law.

**Resumen:** “Aporofobia” es la palabra que expresa el rechazo social e institucional de los pobres, que se manifiesta no solo en el ámbito político y social, sino también en el ámbito jurídico, con su peor reflejo en el sistema penal. El gerencialismo, el funcionalismo radical y el punitivismo se han planteado como las bases ideológicas que justifican la existencia de un Derecho penal aporófono. También, como se analiza en este artículo, la filosofía comunitarista ofrece una base teórica óptima para la exclusión de los pobres.

**Palabras clave:** comunitarismo, pertenencia, aporofobia, desigualdad, crimen

**Abstract:** “Aporophobia” is the word that express the social and institutional rejection of the poor. Its existence has consequences not only at the social and political level, but also at the legal one, with the worst reflection in the criminal law system. Scholars have identified in managerialism, radical functionalism and punitivism the ideological basis of the aporophobic criminal law. Also, as this essay shows, the communitarian philosophy offers an optimal theoretical basis to justify the exclusion of the poor.

**Key words:** communitarianism, membership, aporophobia, inequality, crime

**Observaciones:** Artículo desarrollado en el marco del Proyecto Aporofobia y Derecho penal (Referencia RTI2018-095155-B-C21) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

**Rec:** 18/10/2020

**Fav:** 12/11/2020

## 1. Exclusión y pobreza: la aporofobia y la plutofilia

La creciente desigualdad entre ricos y pobres ha sido señalada como “el gran desafío actual a la democracia”<sup>1</sup>. Los datos de desigualdad dejan de crecer: el 82% de toda la riqueza creada en 2018 fue a parar al 1% más rico, mientras la mitad más pobre de la humanidad no recibió nada<sup>2</sup>. El mundo se enfrenta, así, a una pobreza que está “en todas partes”<sup>3</sup>.

Son ilustrativos a este nivel los datos del Global Slavery Index, según el cual en España hay 2,27 personas en situación de esclavitud por cada 1000 habitantes<sup>4</sup>, lo que se estima que supone que hay 105000 víctimas de esclavitud en este país. Además, el último informe de la OIT (International Labour Organization, *Global Estimates of Modern Slavery*) estima que, en algún momento de 2016, han estado sometidas 40,3 millones de personas a la esclavitud moderna, calculándose que hay 5,4 víctimas de esclavitud moderna por cada 1000 personas en el mundo<sup>5</sup>.

En cualquier caso, parece claro que la pobreza se interrelaciona con otras formas de exclusión: las mujeres y otros colectivos discriminados son más pobres que el resto, y, entre los pobres, quienes son también mujeres o pertenecen a etnias, razas, o colectivos discriminados son todavía más pobres, teniendo una doble o triple fuente de victimización y de exclusión<sup>6</sup>. Esta relación es bidireccional: cuanto menos pobres son los miembros de minorías, mujeres, u otros colectivos discriminados, menos excluidos están. Ello es determinante, por ejemplo, de que las mujeres (y, en concreto, las mujeres migrantes, en el marco de la “cadena global de cuidado”) sean víctimas habituales de explotación sexual y laboral (en el ámbito doméstico o en el campo, principalmente). También es especialmente vulnerable la comunidad LGTBI/LGBTI, aunque hay que tener en cuenta que existe un vacío en las cifras tanto de trata

y explotación como de otras situaciones (como asilo, refugio, etc.)<sup>7</sup>.

Sobre esta base ontológica de desigualdad se ha construido una tendencia deontológica hacia la exclusión de los disfuncionales para el sistema, los más perjudicados en el juego desigual: los pobres. Así, ha surgido el término “aporofobia” (ya recogido por el diccionario de la RAE), definido por Cortina Orts como “el odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado”<sup>8</sup>. Este rechazo al pobre tiene unas profundas raíces sociales e institucionales, y se basa en la existencia de una sociedad desigual que se retroalimenta, perpetuando el *statu quo* de desigualdad y exclusión.

Entre esas instituciones aporóforas se encuentra, en particular, el Derecho penal. Así, las raíces institucionales de la aporofobia hacen importante poner el foco en sus efectos jurídicos, siendo particularmente trascendente el análisis de la exclusión en el ámbito del Derecho penal y de la política criminal, por el impacto que tiene aquel sobre los derechos fundamentales, al configurarse como medio de protección de los mismos, y hacerlo principalmente a través de la restricción de uno de ellos (la libertad).

El “Derecho penal de aporofobia” tiene dos rasgos diferenciados: por una parte, el sesgo de criminalización que nuestro Código penal tiene hacia los pequeños crímenes, y, por otra, la falta de protección del colectivo de personas pobres en nuestro texto punitivo. El primer rasgo se divide en dos ramas: la *sobre-criminalización* de los grandes crímenes y la *infra-criminalización* de los pequeños crímenes. La primera rama se manifiesta a través de la criminalización de la pobreza, que se produce a través del excesivo castigo de la pequeña delincuencia (la que principalmente cometen las personas excluidas), que se caracteriza por tener un bajo impacto económico, personal y medioambiental (y

1 FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019, p. 37.

2 UNITED NATIONS. “Inequality: Bridging the divide”. [En línea]. 2019. [Disponible en: <https://www.un.org/en/un75/inequality-bridging-divide>]

3 UNITED NATIONS. “Report: Global Multidimensional Index 2019: Illuminating inequalities”. [En línea]. 2019. [Disponible en: [https://ophi.org.uk/wp-content/uploads/G-MPI\\_Report\\_2019\\_PDF.pdf](https://ophi.org.uk/wp-content/uploads/G-MPI_Report_2019_PDF.pdf)], p. 4.

4 Global Slavery Index. [En línea]. 2018. [Disponible en <https://www.globalslaveryindex.org/2018/data/country-data/spain/>]

5 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Global Estimates of Modern Slavery*. [En línea]. 2017. [Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)]

6 Así, en relación con la trata de personas, el Segundo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos de 2018 [COM(2018)777] informa de que los niños de los países de Europa Oriental y las comunidades romaníes continúan siendo particularmente vulnerables; y que el sometimiento de mujeres embarazadas y las personas con discapacidad física o problemas de desarrollo es un patrón emergente.

7 Naciones Unidas ya está tratando de actuar para aumentar los datos en relación con este colectivo, poniendo en marcha un Índice de Inclusión con el fin de dar visibilidad a la violencia y discriminación de la comunidad LGBTI y facilitar el desarrollo de investigaciones: “A fin de avanzar, se necesitarán más datos e investigaciones para aumentar la visibilidad de los desafíos que enfrentan las personas de la comunidad LGBTI y mejorar las políticas y los programas diseñados para incluir más adecuadamente a esas personas en todos los aspectos de la vida” (UNDP. *Conjunto de indicadores propuestos para el índice de inclusión LGBTI*. 2018, p. 6).

8 CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona: Paidós. 2017, p. 24.

que se proyecta, v. gr., a través del establecimiento de penas desproporcionadas para delitos de bagatela). La segunda rama orbita alrededor de lo que se ha conocido como “plutofilia”, o “Derecho penal del amigo”<sup>9</sup>: el trato beneficioso que otorga nuestro Derecho penal a los grandes crímenes, como los delitos contra la Hacienda Pública o Seguridad Social. De esta manera, el sistema penal está orientado a perseguir y penar comportamientos que causan un daño social muy limitado<sup>10</sup>. Por otra parte, el Derecho penal de aporofobia se refleja a través de un segundo rasgo (la falta de protección de las personas pobres en el Código penal) encuentra un claro reflejo en la falta de tipificación adecuada y proporcional de las conductas de sometimiento a explotación de otros seres humanos en la normativa penal española (desvirtuada, además, por su clara orientación al proceso de la trata y, en particular, a la trata con fines de explotación sexual). De esta forma, se configura el Derecho penal como instrumento de control con una nota “clasista”<sup>11</sup>, “que no puede ser ignorada al reivindicar que se abstenga de ampliar su campo de acción a nuevas conductas, de gran lesividad, y que se mantenga en sus tradicionales ghettos de marginalidad”<sup>12</sup>.

En cualquier caso, la criminalización de la pobreza no solo se produce en el ámbito del Derecho penal,

extendiéndose a los perfiles policiales<sup>13</sup> y al ámbito administrativo, y, en especial, a la normativa de extranjería (piénsese en la sinrazón de la configuración y funcionamiento de los Centros de Internamiento de Extranjeros).

Un ejemplo claro de aporofobia administrativo-institucional lo es la regulación de la mendicidad. Así, por ejemplo, en democracia, la ya derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establecía en la letra f) del apartado 1 de su artículo 26 que los extranjeros “podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: [...] f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales”. Así, se equiparaba la mendicidad, a estos efectos, por ejemplo, a la implicación en actividades contra el orden público o la seguridad interior o exterior del Estado, contra los intereses españoles o a haber sido condenados por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año. Todavía hoy, de hecho, existen intentos criminalización administrativa de la mendicidad en España<sup>14</sup>. Otro ejemplo de aporofobia institucional (o, todavía mejor, de aporofobia constitucionalizada) se observa claramente

9 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “Un sistema penal para la aporofobia”. En: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Dirs.). *Un juez para la democracia*. Madrid: Dykinson. 2019, p. 357.

10 BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La evolución de la penalidad en el contexto de la gran recesión: la contracción del sistema penitenciario español”. En: *RDPyC*, nº 12, julio 2014, p. 310.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*, op. cit., p. 81.

12 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “Sistema penal y empresa”. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan M. y ACALE SÁNZ, María (Coords.). *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*. Universidad de Cádiz, 2008, p. 27.

13 V. gr. *vid* BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”. En: *Indret*, 2/2014, pp. 12, 15. En el ámbito penitenciario, la estadística del origen nacional de los presos muestra que la población reclusa en España sigue siendo absolutamente desproporcional con el porcentaje de residentes extranjeros en España (en 2018, el 28% de la población reclusa era extranjera, según los datos recogidos por PÉREZ, Roberto. “Tres de cada diez presos que hay en España son extranjeros”. *ABC* [En línea]. 26 de febrero de 2018. [Disponible en [https://www.abc.es/espana/abci-tres-cada-diez-presos-espana-extranjeros-201802260257\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-tres-cada-diez-presos-espana-extranjeros-201802260257_noticia.html)]).

14 Ejemplo claro de ello son las distintas ordenanzas locales en las que se sancionó directamente la mendicidad (así, v. gr., la Ordenanza Municipal de Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales del Ayuntamiento de Valladolid de 6 de marzo de 2012, en la que se disponía genéricamente “quedan prohibidas las conductas que adopten cualquier forma de mendicidad en las vías y espacios públicos”). Sin embargo, como se indicó en la STSJ 1692/2013, de 8 de octubre, FJ 10 (ponente: Fco. Javier Zatarain Valdemoro), la prohibición de la simple mendicidad, que no es molesta y que se hace en verdadero estado de necesidad es contraria al principio de libertad de las personas (teniendo en cuenta, en particular, la falta de red de apoyo institucional de quienes se ven forzados a mendigar). Se expresa en dicho FJ: “Es pues el problema, la redacción del precepto, pues habla de cualquier forma de mendicidad. Es legítimo, como se dijo, sancionar la situación de mayor o menor coacción, conflicto moral, violencia psíquica o mera incomodidad que el ejercicio de la mendicidad acarrea al ciudadano. No en vano, la ordenanza contempla medidas más coercitivas en los supuestos en que la mendicidad se realice con coacción o una mayor incomodidad o peligro para los ciudadanos (art. 15.6. ‘El desalojo del lugar por los agentes de la autoridad se realizará en todo caso en el supuesto del apartado 3 de este artículo o cuando la mendicidad se realice mediante actitudes coactivas o de acoso o cuando su práctica impida el libre tránsito de los ciudadanos por las vías y espacios públicos’). Y aunque abandonando la perspectiva del bien común, y penetrando en la esfera subjetiva del necesitado, sea la propia práctica de la mendicidad la que precisamente impide la reinserción social del mendigo, no podemos desconocer la notoria insuficiencia de red de apoyo social institucional de las administraciones públicas. Es pues procedente la anulación del art. 15.1 por vulneración de principio de la libertad de la persona (art. 9.2 y 18 CE) en relación con el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAP y PAC), manteniendo el resto del precepto plena validez”. Pese a ello, la criminalización (penal o administrativa) de la mendicidad no está todavía erradicada, manteniéndose en otros países.

en el caso húngaro, donde tras criminalizar el *sinhogarismo* en el año 2011, el Gobierno húngaro modificó la Constitución introduciendo la prohibición de residir habitualmente en espacios públicos a nivel estatal (prohibición que entró en vigor en octubre de 2018)<sup>15</sup>.

Además, la situación de exclusión de las personas pobres se agrava dramáticamente en el marco de la pandemia desencadenada por el coronavirus SARS-CoV-2. La crisis económica, social y sanitaria desencadenada por la pandemia ha determinado que los pobres se vuelvan más pobres<sup>16</sup>, y, con ello, más excluidos. Según datos del Banco Mundial, entre 40 y 60 millones de personas caerán en la pobreza extrema (viviendo con menos de 1,90 dólares al día) en 2020<sup>17</sup>, como resultado de la COVID-19. Ello tendrá como consecuencia el incremento de la tasa de pobreza extrema mundial de entre 0,3 y 0,7 puntos porcentuales, acercándose al 9% de la población. Así, la situación desencadenada por la pandemia ha llevado a Amnistía Internacional a pedir a los Estados que se ponga la protección de los derechos humanos, incluyendo los derechos laborales, en el centro de la respuesta a la crisis, pues “empresas y gobiernos no deben obligar a los trabajadores y trabajadoras a elegir entre seguridad y subsistencia”<sup>18</sup>.

Por último, la pandemia ha tenido efectos sobre sendos rasgos del Derecho penal de aporofobia. En relación con el primero, si bien el descenso de la delincuencia en España ha sido notable —de hecho, durante los primeros 15 días de confinamiento los delitos se redujeron un 73,8%<sup>19</sup>—, la desesperación ante la carencia

de medios para subsistir provocará, con mucha probabilidad, un incremento de pequeños crímenes (pequeño menudeo de drogas, hurtos, etc.), en el desarrollo de la “nueva normalidad”. En relación con la *infra-protección* de los pobres, hay que tener en cuenta que las víctimas de explotación han sido uno de los principales focos de contagio en la pandemia, probablemente dadas las condiciones en las que trabajan y viven, de manera que su situación —carente de protección en nuestra normativa<sup>20</sup>— se ha agravado con la pandemia (un ejemplo claro lo es la situación de las temporeras de la fresa o del fruto rojo).

## 2. Bases ideológicas del derecho penal de aporofobia: el comunitarismo

Pero ¿dónde encuentra justificación —que no legitimidad— el Derecho penal de aporofobia?, ¿cuáles son las posturas teóricas e ideológicas que fundamentan su existencia?

Pues bien, en primer lugar le otorga justificación la ideología neoliberal y la teoría del *rational agent*, a través de su traslación a las políticas públicas de los Estados sociales —progresivamente desocializados—, que ha llevado a integrar las estrategias del gerencialismo o New Public Management (NPM) mediante la privatización, externalización de los servicios y bienes públicos, y la integración de las ideas y principios del sector privado en el público. Bajo la idea de gobernar el Estado como una empresa (“*run government like a bus-*

15 ALBERT, Fruzisna. “The criminalisation of rough sleeping in Hungary”. En: *ESPN Flash Report 2018/62*. [En línea]. European Social Policy Network. Noviembre 2018. [Disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=20487&langId=en>]. Como expone la autora, el incumplimiento de la prohibición puede llevar consigo la obligación de realizar trabajo público, el confinamiento, o incluso la limpieza forzosa de la persona sancionada. Asimismo, en los supuestos de reincidencia es obligatorio detener inmediatamente a la persona sin hogar y ponerla a disposición judicial en el plazo de 72 horas, e incluso se autoriza la destrucción de sus posesiones materiales. Además, pese a que, como indica CIGÜELA SOLA, Javier. *Crimen y castigo del excluido social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 154, la pobreza no se puede considerar un estado voluntario de quienes la sufren, el Tribunal Constitucional húngaro se ha pronunciado al respecto considerando que la criminalización del *sinhogarismo* no es inconstitucional, y que “nadie tiene derecho a la pobreza y el *sinhogarismo*, esta condición no es parte del derecho a la dignidad humana” (vid. CHRONOWISKI, Nóra y HALMAI, Gábor. “Human Dignity for Good Hungarians Only. The Constitutional Court’s Decision on the Criminalization of Homelessness”. En: *Verfassungsblog*. [En línea]. Junio 2019. [Disponible en <https://verfassungsblog.de/human-dignity-for-good-hungarians-only/>]).

16 De hecho, algunos estudios han demostrado que los trabajadores más precarios son los más vulnerables ante la pandemia, tanto en la UE como en Japón. Vid. TORREJÓN PÉREZ, Sergio, FANA, Marta, GONZÁLEZ-VÁZQUEZ, Ignacio, y Fernández-Macias, Enrique. “The asymmetric impact of COVID-19 confinement measures on EU labour markets”. En: *VOX EU, CEPR Policy portal*. [En línea]. 2020. [Disponible en <https://voxeu.org/article/covid-19-lockdown-and-eu-labour-markets>]; KIKUCHI, Shinnosuke, KITAO, Sagiri, y MIKOSHIBA, Minamo. “Heterogeneous employment vulnerability and inequality in Japan”. En: *VOX EU, CEPR Policy portal*. [En línea]. 2020. [Disponible en <https://voxeu.org/article/heterogeneous-employment-vulnerability-and-inequality-japan>].

17 BANCO MUNDIAL. “Entendiendo la pobreza”. [En línea]. 16 de abril de 2020. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview#:~:text=De%20acuerdo%20con%20estimaciones%20del,magnitud%20de%20la%20crisis%20econ%C3%B3mica>.

18 AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Oriente Medio y Norte de África: Los derechos laborales están en juego durante la COVID-19”. *Noticias*. [En línea]. 2020. [Disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/04/mena-workers-rights-on-the-line-during-covid19/>].

19 LÓPEZ FONSECA, Óscar. “Los delitos se redujeron un 73,8% los primeros 15 días del confinamiento”. *El País*. [En línea]. 1 de mayo de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/espana/2020-05-01/los-delitos-se-redujeron-un-738-los-primeros-15-dias-del-confinamiento.html>].

20 Así lo expuse en mi comunicación “Derecho penal y COVID-19: La explotación de seres humanos como ejemplo de un Derecho penal aporóforo” en el II Congreso DDHH y Globalización, de la Universidad de Sevilla, celebrado del 1 al 3 de julio de 2020.

siness”), se atribuyó a los entes públicos la tarea de llevar el timón en lugar de remar (*steering not rowing*<sup>21</sup>), introduciéndose lógicas actuariales y creándose la idea de que los gobiernos debían ser meros catalizadores, con la fatal consecuencia del desmantelamiento de los Estados de bienestar occidentales:

El ciudadano con derechos que los servicios públicos deben satisfacer se convierte en usuario consumidor que evalúa el servicio, de forma que no solamente se deja a las empresas más margen legal para autorregularse sino que se intenta administrar lo público como una empresa privada<sup>22</sup>.

La crisis económica iniciada en el año 2008 sirvió como justificación para introducir lógicas economicistas en el sistema penitenciario español<sup>23</sup>, si bien la reducción de costes no fue acompañada tanto de una reducción de la criminalidad sino de una mayor orientación del sistema hacia la persecución de pequeños crímenes en lugar de aquellos que causan mayor daño social, pues las lógicas de los rendimientos llevan a concentrar los esfuerzos “en la persecución de hechos de fácil descubrimiento o prueba, en detrimento de otros ilícitos de mayor lesividad”<sup>24</sup>.

La introducción de lógicas actuariales y el lenguaje de los seguros llevan a introducir en las ideas punitivas la de simple incapacitación o neutralización de clases específicas de individuos<sup>25</sup>. En el marco del tradicional dilema entre libertad y seguridad<sup>26</sup>, la lógica económica de la eficiencia lleva a primar completamente la seguridad sobre los derechos<sup>27</sup>. Dado que las crisis suelen ser aprovechadas como ventanas de oportunidad

para introducir en la agenda política ideas previamente existentes (como la privatización del sistema público), ante la nueva crisis que ya ha comenzado —en la línea de la propuesta de Brandáriz— parecería buena idea aprovechar para redefinir las prioridades colectivas re-pensando el sistema penal en términos de daño social, haciendo que aquel deje de funcionar “como depósito de ansiedades sociales que poco tienen que ver con los conflictos que conceptuamos como delitos”<sup>28</sup>.

Además del gerencialismo, se puede identificar a las teorías funcionalistas radicales, punitivistas<sup>29</sup> y, también a las comunitaristas, como bases ideológicas del Derecho penal de aporofobia y plutofilia. En efecto, el funcionalismo radical, como teoría que sostiene que el Derecho penal está orientado “a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”, excluye de la categoría de personas a individuos potencialmente peligrosos (lo que incluye, en particular, a los pobres<sup>30</sup>). Por su parte, el punitivismo, que tiene su origen en Estados Unidos, se basa en la adaptación de normas político-criminales adoptadas en el marco de una guerra total contra el enemigo<sup>31</sup>. Encuentra su apoyo en el discurso populista, difundido hacia y entre la sociedad, en virtud del cual el delito por antonomasia es callejero, el delincuente es violento, todos somos víctimas potenciales (pero no delincuentes), el delito es siempre voluntario, y el castigo está siempre justificado<sup>32</sup>. De esta manera, el pobre, el marginado, y el excluido, no integrados en la concepción del “nosotros” (víctimas potenciales), se quedan categorizados como los potenciales delincuentes (“ellos”)<sup>33</sup>.

21 OSBORNE, David, y GAEBLER, Ted. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Wesley. 1992, p. 25.

22 BELAUSTEGUI, Luis. “Neoliberalismo como cultura: neosujeto, empresa y Estado desigualitarista”. En: *Areas*, 36/2017, p. 30.

23 BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La evolución de la penalidad en el contexto de la gran recesión: la contracción del sistema penitenciario español”, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

24 BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”. *Indret*, 2/2014, p. 11. Como señala el autor “del mismo modo, el modelo genera una cierta reincidencia, en la medida en que resulta más eficiente la persecución de infractores ya conocidos”.

25 DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*. Barcelona: Virus Editorial, p. 140.

26 PÉREZ CEPEDA, Ana I., “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”. En: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.) *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Universidade Da Coruña, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 95 y ss.

27 BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *op. cit.*, p. 4.

28 BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La evolución de la penalidad en el contexto de la gran recesión: la contracción del sistema penitenciario español”, *op. cit.*, p. 335.

29 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Aporofobia y plutofilia*. Barcelona: Bosch, 2020, pp. 39 y ss.

30 *Ibidem*, p. 41. *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996, p. 40.

31 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Aporofobia y plutofilia*, *op. cit.*, p. 39.

32 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Punitivismo y democracia: ‘Las necesidades sociales’ y la ‘voluntad popular’ como argumentos político-criminales”, *Libertas*, pp. 14-15.

33 En relación con el punitivismo, es esencial el juego de los medios de comunicación, que, en su doble rol de actores políticos y *gatekeepers* (intermediarios, selectores de contenido a mostrar), determinan qué discursos se exponen más y cuáles menos. Como indica DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*, *op. cit.*, pp. 142-143, la difusión social del discurso hegemónico (en la que las élites de

Por último, el comunitarismo es una corriente filosófica que se funda sobre la primacía de la pertenencia y la virtud sobre la justicia. Así, la filosofía comunitarista se articula a través de una corriente heterogénea de autores (principalmente anglosajones) que se opone al liberalismo, a la idea del universalismo y de la atribución a los individuos de derechos fundamentales, debiéndose disipar la idea del individuo ante “realidades colectivas cercanas más fuertes o más valiosas”<sup>34</sup>. La identidad de los individuos viene determinada por la comunidad a la que pertenecen, y los miembros de las comunidades son quienes escogen a quiénes se debe permitir formar parte de la sociedad (que serán, en principio, quienes posean las virtudes que la comunidad en cuestión considere que se deben premiar). El mantenimiento del *statu quo*, la falta de crítica, la importancia de la virtud, los roles, las costumbres, la pertenencia, la inclusión y la exclusión, son rasgos propios del comunitarismo y que lo unen a las otras teorías citadas como bases ideológicas del Derecho penal de aporofobia. En cualquier caso, el discurso comunitarista ha encontrado carta de naturaleza a través de la articulación de diferentes discursos políticos a nivel mundial, incluso en la Unión Europea —pese a que inicialmente se consideraba difícilmente trasladable la teoría comunitarista del ámbito político americano al europeo<sup>35</sup>—. Así, en la actualidad se observa muy claramente la filosofía comunitarista en el marco de los discursos políticos populistas excluyentes y nacionalistas<sup>36</sup>, cuyo auge es creciente, y que promueven la búsqueda de una “religión civil” del grupo fiel a la comunidad.

Es, en definitiva, en interacción con la corriente comunitarista donde son más peligrosas las retóricas gerencialistas, punitivistas y funcionalistas radicales. El comunitarismo, que trata de justificar su posición como opuesta frente al individualismo egoísta, no se

distancia tanto de éste, pues, basándose en las ideas de pertenencia y virtud como prioritarias a las de justicia, libertad y derechos, acaba por excluir al no virtuoso del grupo .

### 3. El comunitarismo y el binomio inclusión/exclusión

#### 3.1. Pertenencia y vida buena

Como se ha dicho, el comunitarismo (bajo una profunda influencia aristotélica y hegeliana) considera que las ideas de pertenencia y virtud son prioritarias a la idea de justicia. Así, el primer estadio para las corrientes comunitaristas es la idea de pertenencia (en oposición a la idea de ciudadanía<sup>37</sup>). En consecuencia, en el marco de las diferentes comunidades dadas, la corriente comunitarista afirma que “lo que es debido” (los derechos y la justicia) está por debajo de “lo que es bueno” para los miembros de tales comunidades (las virtudes y los honores).

De hecho, uno de los autores comunitaristas considerados más cercanos al liberalismo, Michael Walzer, es un claro ejemplo de la importancia que da aquella corriente a la pertenencia o membresía (*membership*). La teoría de Walzer es una teoría de distribución de los bienes sociales que se basa en la idea de que los criterios por los que se definen esos bienes sociales —que han de ser objeto de una distribución justa— descansan sobre las maneras en que una sociedad define sus necesidades y se autointerpreta<sup>38</sup>. Sin embargo, pese al pretendido progresismo de la teoría de Walzer, el primer bien social que contempla en su teoría es la “pertenencia” o membresía. Así, la pertenencia a alguna comunidad humana es, para Walzer, el primer bien social a repartir. Y no sólo eso, sino que la pertenencia es considerada por el autor como la condición necesaria para

---

poder otorgan un papel estratégico a los medios de comunicación de masas), permite “la constitución de universos compartidos de identificación de uno mismo y del otro [...] modelos de interpretación de la propia conducta en relación a la conducta ajena, sobre todo de modelos de tratamiento lingüístico de la conducta conformista, de la conducta desviada y de la reacción institucional frente a esta última”. Además, los *mass media* han sido una palanca para la articulación del movimiento político nacionalista, racista y excluyente, desarrollado a nivel mundial —representado por políticos como Donald Trump o Jair Bolsonaro (y que ya cuenta con movimientos en seguidores en España y el resto de la Unión Europea)—, que se basa, precisamente, en la exclusión más radical de los pobres y marginados en la sociedad. Esta corriente ideológica, precisamente, es una de las principales defensoras del punitivismo y también del comunitarismo.

34 MOLINA, Ignacio. *Conceptos fundamentales de ciencia política*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 25.

35 THIEBAUT, Carlos. *Los límites de la comunidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992, pp. 146, 165.

36 CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, op. cit., p. 149. De hecho, ya desde los inicios de esta corriente algunos autores la habían vinculado ideario nacionalista excluyente (así, LAPORTA, Francisco J. “Comunitarismo y nacionalismo”. En: *DOXA* 17-8, 1995, p. 66, indicaba que el comunitarismo “es un tipo de teoría moral que suministra al nacionalismo argumentos que le son muy queridos”).

37 SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo. “El concepto de ciudadanía en el comunitarismo”. En: *Revista mexicana de derecho constitucional*, nº 23, julio-diciembre 2010, p. 162.

38 THIEBAUT, Carlos. *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 40.

poder acceder a los demás bienes sociales<sup>3940</sup>; es decir, es condición para poder participar en las demás esferas de justicia (seguridad, bienestar, ejercicio del poder político,...). La elección de quiénes pueden acceder a la condición de miembros se efectúa por quienes ya pertenecen a la comunidad de acuerdo con “nuestra propia noción de pertenencia en nuestra comunidad y según la clase de comunidad que deseamos tener”<sup>41</sup> (es decir, se basa en los criterios ya preestablecidos por quienes son ya miembros de la sociedad).

Así, la noción de pertenencia implica tanto inclusión como exclusión<sup>42</sup>. La inclusión de los miembros en una comunidad se articula alrededor de la idea de lo bueno, las nociones de virtud y honor compartidas en una comunidad, y de la racionalidad teleológica. Esa idea de bien debe articular todo el sistema de convivencia y las normas de la sociedad deben encarnar esas nociones de bienes<sup>43</sup>. Además, los individuos, como miembros del grupo o comunidad, ven definida su identidad por la pertenencia a la comunidad, que es la que previamente establece los valores que son importantes para sus miembros. En este sentido, MacIntyre sostiene que los individuos solo somos parte de una historia de la narración de la comunidad en la que vivimos. Así, afirma el autor que “sólo puedo contestar a la pregunta ¿qué voy a hacer? si puedo contestar a la pregunta previa ¿de qué

historia o historias me encuentro formando parte?”<sup>44</sup>. En consecuencia, el hombre “es esencialmente un animal que cuenta historias [...] lo que no es esencialmente, aunque llegue a serlo a través de su historia, es un contador de historias que aspira a la verdad”<sup>45</sup>. Por otra parte, Michael Sandel, uno de los filósofos contemporáneos con mayor influencia, señala que la deliberación moral “consiste más en interpretar la historia de mi vida que en ejercer mi voluntad”<sup>46</sup>, la elección “deriva de la interpretación, no es un acto soberano de la voluntad”<sup>47</sup>.

Además, esta retórica del comunitarismo recuerda mucho, en el ámbito del Derecho penal, a la del funcionalismo jakobsiano. Así, si las normas de la comunidad deben articularse de acuerdo con la concepción comunitaria del bien, es natural que, como considera Jakobs, el Derecho penal represente “la identidad no modificada de la sociedad”<sup>48</sup>.

En cualquier caso, esta idea de pertenencia se refleja en la articulación del brazo policial del Estado, en la que se contraviene el principio del daño en la persecución de delitos. Así, como indica De Giorgi, “la policía, antes que ocuparse de la macrocriminalidad, de los *serial killers* y de los crímenes violentos, debe estar en condiciones de tutelar aquel orden, aquellos valores difusos, aquel espíritu aceptado de pertenencia a la co-

39 SOCOLOVSKI, M<sup>a</sup> Yamile. “La comunidad excluyente: Crítica de la teoría de las esferas de justicia de Michael Walzer”. En: *Revista de Filosofía y Teoría Política*. 1992, nº 31-32, pp. 295-311.

40 Por las limitaciones de este estudio preliminar no me puedo extender en el concepto de pertenencia de Walzer. Sin embargo, se debe señalar que hace referencia, en particular, a los supuestos de refugiados políticos y las condiciones de acceso de estos a la comunidad. Así, con carácter general indica WALZER, Michael. *Esferas de justicia*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica. 1993, p. 61, que con ciertos refugiados nos vemos obligados de igual manera que con nuestros connacionales (así, con los refugiados a los que nuestra comunidad ha colocado en dicha situación, o con los que son perseguidos por “ser como nosotros”). En cualquier caso, según WALZER, *Ibidem*, p. 63, nos vemos obligados a dar asilo porque este es fácilmente asimilable, “pero si ofreciéramos refugio a todo aquel que afirmara necesitarlo, estaríamos abrumados” y “el derecho a restringir el flujo sigue siendo una característica de la autodeterminación comunitaria”. Además, como ha indicado SOCOLOVSKI, M<sup>a</sup> Yamile. “La comunidad excluyente: Crítica de la teoría de las esferas de justicia de Michael Walzer”, *op. cit.*, pp. 301 y ss., hay una asimetría en el tratamiento de los casos del refugiado político o religioso con el de los refugiados económicos, pues si bien Walzer hace referencia a los primeros, omite toda respuesta sobre los segundos. Sin embargo, parece claro que, ante su rechazo a los ingresos masivos de personas y ante las razones por las que estima justificado el asilo de refugiados políticos, no consideraría admisibles estos últimos: “tendría que reconocer que, en la oposición entre el derecho de una comunidad a proteger su ‘estilo’ y el derecho de todo hombre a la vida o a tener un espacio seguro, el segundo no lograría forzar al primero” (SOCOLOVSKI, M<sup>a</sup> Yamile. “La comunidad excluyente: Crítica de la teoría de las esferas de justicia de Michael Walzer”, *Ibidem*).

41 WALZER, Michael. *Esferas de justicia*, *op. cit.*, p. 45.

42 Las preocupaciones de pertenencia e identidad de las comunidades o grupos han llevado a algún autor comunitarista (KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Madrid: Espasa, 2010) a plantear la propuesta de una ciudadanía diferenciada. Aunque se restringe a derechos de autogobierno, pluriétnicos y derechos de representación, existe un claro peligro de apertura a la diferenciación de derechos según la ciudadanía. Las preocupaciones por el multiculturalismo se resuelven mucho mejor a través de la distinción planteada por FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*, *op. cit.*, pp. 15 y ss. entre desigualdades y diferencias (siendo las primeras aquellas cuya supresión debe fomentar el Estado, y las segundas las que deben ser protegidas por el Estado).

43 THIEBAUT, Carlos. *Los límites de la comunidad*, *op. cit.*, p. 155.

44 MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Austral, 2019, p. 266.

45 *Ibidem*.

46 SANDEL, Michael. *Justicia*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016, p. 252.

47 *Ibidem*.

48 JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, *op. cit.*, p. 19.

munidad que naturalmente preserva a la ciudad de la aparición de la criminalidad más grave<sup>49</sup>.

Todo lo expuesto hasta aquí deja claro que el comunitarismo tiene una retórica determinista<sup>50</sup> y justificante del *statu quo*<sup>51</sup> (algo que sucede también con el funcionalismo radical<sup>52</sup>). En cualquier caso, ahora procede analizar quiénes son los no virtuosos en las sociedades actuales y cuál es la implicación de ello.

### 3.2. Las virtudes en las sociedades neoliberales contemporáneas

La importancia que el comunitarismo da a la virtud y a que los miembros de la comunidad sean virtuosos (según las consideraciones de la propia comunidad) tiene especial trascendencia en el ámbito de las sociedades actuales neoliberales, donde, como ha señalado Cortina, “el pobre es, en cada caso, el que no resulta rentable”<sup>53</sup>, quien no tiene nada que aportar, quien no produce nada. Al insertar las ideas de bien y virtud de las comunidades neoliberales en el marco del comunitarismo egoísta y excluyente se exagera la justificación del mantenimiento de la desigualdad. El pobre se estigmatiza, atribuyéndosele actos perjudiciales para la sociedad “aunque sea difícil comprobarlos”<sup>54</sup>. Así, por ejemplo, Jakobs ha defendido que “quien [...] no tiene la posibilidad de adquirir suficientes medios de subsistencia, difícilmente podrá respetar como persona

a aquel que defiende su opulencia, sino que comenzará una lucha por el reconocimiento”<sup>55</sup>.

Así, si bien es cierto que, como indica Cortina Orts, la aporofobia es un tipo de rechazo peculiar, porque “la pobreza involuntaria no es un rasgo de identidad de las personas”<sup>56</sup>, también lo es que las sociedades occidentales contemporáneas se han construido sobre la idea de la existencia de comunidades de individuos rentables y eficientes que no fallan al sistema económico.

### 3.3. ¿Qué pasa con los no virtuosos? De las animadoras a los pobres

El comunitarismo delimita los márgenes de las comunidades poniendo “una barrera frente a los individuos extraños, que al no contar con esos antecedentes compartidos no podrán formar parte de esos grupos”<sup>57</sup>. Así, otorga una fuente teórica óptima para toda exclusión de los individuos no virtuosos para la concepción de bien de la comunidad en cuestión. Se parte de la consideración de que el agente moral “hace lo virtuoso porque es virtuoso”<sup>58</sup>. Y, en particular, en el ámbito de las sociedades neoliberales contemporáneas, el pobre ni es virtuoso, ni forma verdaderamente parte de la comunidad, ni debe formar parte de ella. Esta situación se refleja en las diferentes instituciones, como el Derecho penal.

Así, según Walzer “la admisión y la exclusión se hallan en el núcleo de la independencia de la comunidad

49 DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*, op. cit., p. 158.

50 Así, las distintas teorías del comunitarismo manifiestan una dependencia “de la crítica moral respecto de la práctica moral de la sociedad”, como expresa NINO, Carlos. “Liberalismo ‘versus’ comunitarismo”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, septiembre-diciembre 1988, p. 367. Se recuperaría así lo que observó Binding sobre la ya superada “barroca prohibición” de interpretar leyes, que se reflejaba en los comentarios al Código penal bávaro, en las que se prohibía “todo otro comentario, y se mandaba a los profesores de las universidades atenerse a aquellos” (LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal, Parte general*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 37).

51 El comunitarismo parte de lo que se considera bueno en una sociedad ya dada (determinado por las costumbres de la sociedad), que está por encima de lo que debería ser justo. En este sentido, expresa MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*, op. cit., p. 266: “Prívase a los niños de las narraciones y se les dejará sin guion, tartamudos angustiados en sus acciones y sus palabras. No hay modo de entender ninguna sociedad, incluyendo la nuestra, que no pase por el cúmulo de narraciones que constituyen sus recursos dramáticos básicos”. En igual sentido, KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*, op. cit., p. 252, señaló que “hasta cierto punto las identidades nacionales se deben considerar como algo dado”. También WALZER, Michael. *Esferas de justicia*, op. cit., p. 322, expresa: “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—”. Así, como expresa NAVARRETE POBLETE, Jorge. “Michael Walzer y la igualdad compleja”. *Derechos y libertades*, Año IX, nº 13, p. 245, para el comunitarismo el “yo” se constituye en función de los rasgos de la comunidad a la que se pertenece y de la que no es posible desvincularse.

52 Así, JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., pp. 40-41, ha defendido que la posición del Derecho penal solo tiene por objeto “proteger el *statu quo*”, no “definir posiciones sociales o jurídicas”, sino protegerlas; presentándose 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”; y la ciencia del Derecho penal “es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores”.

53 CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, op. cit., p. 42.

54 *Ibidem*, p. 36.

55 JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 39

56 *Ibidem*, p. 42.

57 SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo. “El concepto de ciudadanía en el comunitarismo”, op. cit., p. 165.

58 MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*, op. cit., p. 189.

[...] 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<sup>59</sup>. Como señaló Thiebaut, el riesgo obvio de las nociones del bien del comunitarismo es que “los límites de la comunidad sean tan estrechos o tan cerrados que ninguna diferencia, por no decir ya ninguna disidencia, puede ser tolerada”<sup>60</sup>.

¿Qué sucede con los no virtuosos? MacIntyre expone que hay dos formas de fallar a una comunidad: dejando de ser lo bastante bueno (dejando de ser virtuoso para la comunidad) o 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”<sup>61</sup>. Además, el discurso del comunitarismo en relación con los delitos recuerda bastante al del funcionalismo radical. Así, señala MacIntyre 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”<sup>62</sup>, pudiendo ser temporal (exilio temporal o prisión) o permanente (ejecución o exilio irrevocable), dependiendo de la gravedad del delito. Esta idea es muy semejante a la de Jakobs de que “el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es

el del ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho”<sup>63</sup>.

Por otra parte, Sandel, utiliza, entre otros ejemplos, el de la comunidad de animadoras, preguntándose cuáles son las virtudes que merecen reconocimiento para ser animadoras (y cuál es el propósito de tal comunidad). Así, el autor deja entender que, si para la comunidad de animadoras “lo virtuoso” es la realización de acrobacias imposibles, las animadoras que tengan diversidad funcional (la mal llamada “discapacidad”) no deberán formar parte del equipo<sup>64</sup>. Ello trasladado al ámbito de la comunidad neoliberal imperante en “occidente”, que premia y persigue la competitividad, la eficiencia y el consumismo, determina la exclusión del pobre de la sociedad<sup>65</sup>, y justifica la articulación de mecanismos jurídicos que premien a los ricos y criminalicen a los pobres<sup>66</sup>.

Como se ha visto, esta vertiente del comunitarismo está muy vinculada, en el Derecho penal, con el funcionalismo radical, que excluye a los marginales porque “la exclusión genera delincuencia”<sup>67</sup>. Así acaba criminalizándose a los pobres, pagando las cuentas siempre “los sin techo, los drogodependientes y pequeños traficantes, los grafiteros, las prostitutas y los jóvenes afroamericanos del gueto”<sup>68</sup>. Ejemplo de ello lo son las distintas propuestas políticas recientes hacia el endurecimiento de las reacciones punitivas hacia las “okupaciones”<sup>69</sup>, claramente promovidas con la colaboración de los medios de comunicación pese a la falta de nece-

59 WALZER, Michael. *Esferas de justicia*, op. cit., p. 73.

60 THIEBAUT, Carlos. *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 58.

61 MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*, op. cit., p. 192.

62 *Ibidem*, p. 191

63 JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 64.

64 SANDEL, Michael. *Justicia*, op. cit., pp. 209 y ss. Argumentos similares expone el autor al hablar de las universidades (pp. 208, 216 y ss.) o el golf (p. 234).

65 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, Michael. *Justicia*, op. cit., pp. 90 y ss.). Sin embargo, si lo que importa es lo que una comunidad considere bueno o virtuoso antes que lo que es justo, está claro que en el marco de las sociedades capitalistas occidentales se *debe* premiar al eficiente y competitivo y sancionar al pobre disfuncional.

66 Esta exclusión del pobre como disfuncional para la comunidad se vincula con la articulación de métodos de control que, en el marco de las políticas punitivas gerencialistas, como expone DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*, op. cit., pp. 72 y ss., se produce sobre los grupos de excluidos, considerados como productores de riesgo —métodos que se articulan sobre un imaginario social construido sobre la seguridad que divide a los individuos que producen riesgo (los excluidos) de los que lo consumen (los bienaventurados)—.

67 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Aporofobia y plutofilia*, op. cit., p. 39; JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 39.

68 DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*, op. cit., p. 171.

69 “Las medidas de Casado contra los “okupas”: penas de cárcel y poder echarlos en 48 horas”. [En línea]. ABC. 10 de julio de 2020. [Disponible en [https://www.abc.es/economia/abci-medidas-casado-contra-okupas-penas-carcel-y-pueda-echarlos-48-horas-202007091255\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-medidas-casado-contra-okupas-penas-carcel-y-pueda-echarlos-48-horas-202007091255_noticia.html)].

sidad de tales reformas<sup>70</sup>, o la modificación de la normativa penal en relación con el “top manta” en 2015<sup>71</sup>.

En cualquier caso, el comunitarismo no solo es una base teórica que legitime la aporofobia *per se*, sino también otras discriminaciones vinculadas (el racismo, el machismo, la LGBTI-fobia, la fobia a las personas con diversidad funcional,...). Por ejemplo, la situación de los refugiados refleja una clara aporofobia comunitarista, “que se expresa en ocasiones a través del odio en los grupos de los partidos y grupos populistas, que rememoran las hazañas de aquellos grupos de cazadores-recolectores encerrados en su egoísmo comunitario, dispuestos a defender a los propios frente a los extraños a sangre y fuego”<sup>72</sup>. Finalmente, el comunitarismo defiende tajantemente el patriotismo, y, con él, la restricción de las migraciones, al considerar que tenemos un deber especial hacia nuestra comunidad —hay que “proteger nuestros trabajos” frente a los extranjeros—. En definitiva, el argumento en favor de limitar la migración no viene de otra idea que la de que proteger a “los nuestros”<sup>73</sup>.

### 3.4. Del Derecho y los derechos: Moral mínima y Estado neutral

En la doctrina existe un consenso generalizado sobre la idea de que “el Derecho no tiene la tarea de imponer

o reforzar la moral”<sup>74</sup>. Si se parte de la idea de Jellineck de que el Derecho es “el mínimo ético”<sup>75</sup>, hay que entender que el Derecho penal solo protege el “mínimo ético” (“el mínimo de ese mínimo”<sup>76</sup>). Frente a ello, la filosofía comunitarista ha considerado que el Estado (y con él, las normas a través de las cuales se articula aquel) no debe ser neutral, sino que debe regirse por la posición sobre la vida buena, las virtudes y el honor que prime en la comunidad. Así, Sandel defiende que ni es siempre posible ni es deseable que el Estado sea neutral y que se zanjen cuestiones sobre la justicia y los derechos sin resolver cuestiones morales<sup>77</sup>.

Es evidente que nuestros contextos, nuestras comunidades, y nuestros Estados condicionan nuestra capacidad de elegir, nuestra libertad, y determinan si somos o no virtuosos según lo que dicha comunidad considera o no merecedor de honra. Sin embargo, no deja de ser verdad que ese hecho no tiene que pasar al estadio del “deber ser”: el que la comunidad sea excluyente según las virtudes de los individuos que la forman no significa que deba ser así. En cambio, el Derecho debe ser neutral respecto a las diferentes concepciones morales sobre la vida buena. El único límite ante el que el Estado y el Derecho no deben ser neutrales es cuando lo que está en juego es la exclusión de un conjunto de individuos (en este caso, de los pobres) de la categoría de ciudadanos. En esta situación en la que están en

70 DOMÍNGUEZ, Íñigo. “Una dudosa alarma sobre los okupas”. [En línea]. El País. 6 de septiembre de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/espana/2020-09-05/una-dudosa-alarma-sobre-los-okupas.html>]; VIEJO, Manuel. “Los datos sobre la okupación en Madrid que desmienten la alarma de Almeida y de Vox”. [En línea]. El País. 10 de septiembre de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/espana/madrid/2020-09-09/los-datos-sobre-la-okupacion-en-madrid-que-desmienten-la-alarma-de-almeida-y-de-vox.html>].

71 MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”. En: *Indret* 1/2018.

72 CORTINA ORTOS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, op. cit., p. 149.

73 Así, v. gr. SANDEL, Michael. *Justicia*, op. cit., p. 263, a la pregunta de “¿por qué debemos proteger a nuestros trabajadores más vulnerables si ello significa negar oportunidades de trabajo a gentes que vienen de México y están todavía peor? [...]” responde que ese deber, que justifica la limitación de la migración encuentra el fundamento en la obligación especial que tenemos hacia “nuestros conciudadanos en virtud de la vida en común y de la historia que compartimos”. Así, aunque el autor señala con anterioridad que no se puede fundamentar la limitación de las migraciones en la suerte de haber nacido en un lugar u en otro, su argumento posterior acaba justificando el que quien nazca en el lado pobre de un río tenga menos derechos y oportunidades que quien nace en el otro lado. En este sentido señala también WALZER, Michael. *Esferas de justicia*, op. cit., p. 50, que “solo si el sentimiento patriótico tiene algún fundamento moral, solo si la cohesión comunitaria conduce a obligaciones y significados compartidos, solo si hay miembros y hay extraños, tendrán alguna razón las autoridades del Estado para ocuparse en especial del bienestar de su propio pueblo [...] y del éxito de su propia cultura y su propia política”. Sin embargo, existen otras razones (no morales) bastante evidentes para la mayor inversión del Estado en los habitantes que son nacionales o residen en el territorio estatal, comenzando por razones prácticas (el mundo se divide actualmente en Estados y con la economía de cada uno solo hay financiación para el propio Estado, a excepción de las escasísimas partidas presupuestarias que se destinan a ayuda exterior —en cualquier caso, muy inferiores a lo que la solidaridad y los derechos humanos imponen—). En cualquier caso, el argumento de Walzer es un ejemplo de cómo el comunitarismo parte de una realidad (la existencia de una conciencia de mayor deber hacia las personas nacionales de nuestro Estado) para justificarla y convertirla en *deber ser*, a través de la creación de un deber moral hacia nuestros compatriotas.

74 FERRAJOLI, Luigi. “El principio de lesividad como garantía penal”. En: *Nuevo Foro Penal*, Nº 79, 2012, p. 109.

75 LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 27.

76 *Ibidem*.

77 SANDEL, Michael. *Justicia*, op. cit., pp. 277 y ss. Por otra parte, JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., pp. 22, 30, también comparte esta posición del comunitarismo cuando señala que el Derecho penal “es la tarjeta de presentación de la sociedad”.

juego los derechos humanos, los derechos fundamentales, y, particularmente, las bases de los mismos (la dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos), el Estado tiene que actuar. A diferencia de lo que sostiene el comunitarismo, parece mucho más acertada la posición de Rawls de establecer en los derechos (“lo que es debido”) un límite a toda consideración de lo que es bueno en una comunidad, al afirmar que deberíamos invertir “la relación entre lo que es debido y qué se tiene por un bien propuesta por las doctrinas teleológicas y consideraríamos lo justo como prioritario”<sup>78</sup>. Así, “lo que es debido” debe ser prioritario a lo que se tenga por bien en una comunidad en cuestión<sup>79</sup>. El Estado, y, en particular, el Derecho penal (en virtud del principio de intervención mínima) deben ser neutrales, limitándose su referencia moral al minimísimo ético constituido por el respeto y promoción de la dignidad, la libertad, la igualdad y los derechos humanos<sup>80</sup>. La garantía de protección de ese minimísimo ético por el Derecho penal se articula a través de la protección de las lesiones más graves a los bienes jurídicos más relevantes (ya que estos, en última instancia, persiguen la protección de los derechos fundamentales<sup>81</sup>), y mediante la articulación de un Derecho penal que proteja a todos los individuos como igualmente dignos (lo que excluye la permisividad con que actualmente el Derecho penal plutófilo trata a los privilegiados y la criminalización y falta de protección que nuestros ordenamientos penales otorgan al pobre).

Sin embargo, como se ha explicado, se ha desarrollado desde siempre una aporofobia institucionalizada, articulada también a través del Derecho penal, que, de esta manera, participa de la toma de postura estatal acerca la falta de virtud de los pobres, no merecedores de protección penal y que deben ser criminalizados<sup>82</sup>.

Trasladar el foco de la comunidad al individuo, y de la pertenencia y la virtud a la justicia y la dignidad es esencial para que las normas jurídico-penales sean respetuosas con los derechos humanos, como se defenderá a continuación.

#### 4. ¿Comunidad o individuo? Bases últimas del Derecho penal

Para el comunitarismo el individuo desaparece, se desdibuja en el marco de la comunidad (con sus costumbres, virtudes y honores), lo que determina la exclusión de los individuos no virtuosos para la comunidad<sup>83</sup>. Esta exclusión se materializa con especial vigor en un Derecho penal excluyente de las personas pobres, sin recursos y desamparados, y plutófilo con los privilegiados. Así, el comunitarismo egoísta excluye a los pobres, y lo hace de la misma manera a la que hacía alusión Arendt en *Los orígenes del totalitarismo* en relación con los apátridas:

El mejor criterio por el que decidir si alguien se ha visto expulsado por el recinto de la ley es preguntarle si se beneficiará de la realización de un delito. Si un pequeño robo puede mejorar, al menos temporalmente, su posición legal, se puede tener la seguridad de que este individuo ha sido privado de sus derechos humanos. Porque entonces un delito ofrece la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea como reconocida excepción a la norma<sup>84</sup>.

En definitiva, al legitimar todo tipo de exclusiones el comunitarismo plantea un desafío “decisivo y radical” a los derechos humanos<sup>85</sup>. En cambio, parece que un Derecho penal justo se debe dirigir a la protección de cada uno de los individuos, como seres dignos, libres, y

78 RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México D. F.: Fondo de cultura económico. 2006, p. 506.

79 En definitiva, desde las estructuras institucionales no se debe tomar partido por una u otra consideración ética o religiosa, salvo en lo que se refiere a los derechos humanos.

80 Cfr. CORTINA ORTS, Adela. *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos. 2006, pp. 173, 249.

81 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El nuevo Derecho penal español*. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Madrid: Aranzadi, 2001, pp. 561 y ss.

82 No falta apoyo de la sociedad a las diferentes discriminaciones que se articulan a través del Estado, pues, a través del desarrollo de un léxico de la peligrosidad del grupo considerado de riesgo es fácil captar a los miembros de la sociedad (en este sentido, DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*, op. cit., pp. 141 y ss.).

83 De nuevo hay que señalar que no es desconocida esta idea para el funcionalismo jakobsiano. Así, v. gr. JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 39, partiendo también de la perspectiva hegeliana, no considera que todo ser humano esté incluido en el mandato del Derecho, quedando excluido, p. ej., el esclavo. En definitiva, igual que sucede con el comunitarismo, para el funcionalismo radical son destinatarios de la norma y beneficiarios de los derechos solo aquellos que integran la comunidad que respeta la norma preexistente, y el que confía en ella.

84 ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, 1999, p. 364. Continúa la autora: “El único factor importante es que esta excepción es proporcionada por la ley. Como delincuente, incluso un apátrida no será peor tratado que otro delincuente, es decir, será tratado como cualquier otro. Sólo como violador de la ley puede obtener la protección de esta. Mientras dure su proceso y su sentencia estará a salvo de la norma policial arbitraria, contra la que no existen abogados ni recursos”.

85 RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”. *DOXA*, 12, 1992, pp. 112-113.

esencialmente iguales —en lugar de proteger efectivamente solo a un colectivo y criminalizar a los excluidos del mismo—. Un Derecho penal justo se articula a través de la protección de las lesiones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, mediante de los cuales protege, en última instancia, ese “mínimísimo ético” constituido por el contenido de los derechos fundamentales<sup>86</sup>, cuya base es el respeto de la dignidad, la libertad y la igualdad de los individuos. Así, la base última del Derecho penal no debe ser la comunidad, sino el individuo<sup>87</sup>.

En cualquier caso, la idea de que la base última del Derecho penal se encuentra en el individuo libre y autónomo y en el respeto a los derechos humanos no excluye la idea de solidaridad, contra lo que han sostenido algunos autores comunitaristas<sup>88</sup>. Al contrario, la inevitable correlación entre universalismo<sup>89</sup> e individualismo<sup>90</sup> (porque “cada uno” de los individuos es igualmente considerado como digno y libre) lleva a defender la importancia de la solidaridad<sup>91</sup> (pues todos los seres humanos son igualmente merecedores de respeto y consideración).

En este sentido, parece claro que hay que situarse en un tercer estadio, más allá del individualismo egoísta pero también del colectivismo comunitarista —que resulta también egoísta—, “en tierra limítrofe entre autonomía y solidaridad”<sup>92</sup>.

Todo lo anterior lleva a plantear que Derecho penal justo —aunque deba aspirar a la neutralidad— tiene que ser adecuado, en todo caso, al mínimo moral confi-

gurado por el respeto a los derechos humanos (en particular, a la dignidad de los seres humanos y con ella a los derechos a la libertad e igualdad). Es preciso tomarse las constituciones y, con ellas, los derechos fundamentales más en serio<sup>93</sup> porque “los derechos humanos son un tipo de *exigencias* [...] cuya satisfacción debe ser obligada legalmente, y, por tanto, protegida por los organismos correspondientes”<sup>94</sup>. Como defiende Cortina, la democracia legítima y real es la que se propone como meta el respeto y la potenciación del carácter autónomo de todos y cada uno de sus ciudadanos<sup>95</sup>. Mientras el Derecho penal sea injustamente aporóforo habrá que articular mecanismos de compensación contra la injusticia a través de los diferentes escalones de la teoría del delito y promover, desde la doctrina, la modificación del Código penal para descriminalizar la pobreza y proteger a los pobres.

## 5. Conclusiones: un Derecho penal esencialmente injusto

La filosofía comunitarista aporta una base teórica justificativa de la exclusión de los individuos no virtuosos para la comunidad, lo que, en nuestras sociedades, claramente legitima la exclusión del pobre —el que no produce—. Se excluye así al colectivo más desfavorecido no ya del “derecho a tener derechos” del que hablaba Arendt<sup>96</sup>, sino del derecho a disfrutar de los derechos fundamentales que le corresponden como ser humano digno.

86 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, *op. cit.*

87 Como indica FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*, *op. cit.*, p. 50, es el individuo y no el grupo el que tiene derechos. Ello no quiere decir que no se proteja la comunidad. En cambio, esta se protege en la medida en que se protegen los derechos humanos de cada individuo, que se articulan a través de relaciones de convivencia. Sin embargo, el individuo (cada individuo) debe ser la base última del Derecho penal y el Derecho penal no puede tener como función satisfacer las expectativas de lo bueno o las pretensiones éticas de un grupo o comunidad.

88 Así, SANDEL, Michael. *Justicia*, *op. cit.*, p. 255.

89 La importancia del universalismo en el ámbito de los derechos fue ya reseñada por ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*, *op. cit.*, p. 377 cuando afirmó que “el derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendrá que ser garantizado por la misma Humanidad”. En el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*, *op. cit.*, pp. 45 y ss. defiende el universalismo de los derechos fundamentales y RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, *op. cit.*, p. 108 hace referencia a una “comunidad universal de individuos”.

90 RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, *Ibidem*, p. 99.

91 Así, FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*, *op. cit.*, p. 84 afirma que la solidaridad o fraternidad “presupone y al mismo tiempo es presupuesto, es generado y a la vez vale para reforzar tanto los derechos de libertad como el principio de igualdad”. Igualmente, CORTINA ORTS, Adela. *Ética sin moral*, *op. cit.*, p. 292 señala que la solidaridad es igual de importante para el individuo que la autonomía individual.

92 CORTINA ORTS, Adela. *Ética sin moral*, *op. cit.*, p. 281.

93 FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*, *op. cit.*, pp. 90, 130 y ss (en el mismo sentido expresado ya por GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. “La Constitución como norma jurídica”. *Anuario de Derecho civil*, 1979, 2-3, pp. 313 y ss.).

94 CORTINA ORTS, Adela. *Ética sin moral*, *op. cit.*, p. 249.

95 Indica CORTINA ORTS, Adela, *Ibidem*, pp. 257, 267: “la democracia *moralmente deseable* y *legítima* no se reduce a un mero mecanismo, sino que consiste en un modelo de organización social, basado en el reconocimiento de la *autonomía de los individuos* y de cuantos derechos lleva aparejado el ejercicio de tal capacidad autolegisladora y en el reconocimiento de que la dirección de la vida comunitaria debe ser el resultado de la *igual participación de todos*”.

96 ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*, *op. cit.*, pp. 375-377.

*The ones who walk away from Omelas* (“Los que huyen desde Omelas”) es una historia de Ursula K. LeGuin, que recuerda mucho a la realidad que se ha descrito aquí sobre la desigualdad y la aporofobia. Omelas es una ciudad maravillosa, donde todo el mundo es feliz y disfruta de su día a día. Sin embargo, las gentes de Omelas son felices aun sabiendo que su felicidad está condicionada por la situación desgraciada de un niño: un niño desnutrido, que vive en una habitación oscura, sin ventanas, en condiciones infrahumanas. Si los habitantes de la ciudad ayudan al niño, o le dirigen una palabra amable, a ese día y esa hora, toda la prosperidad, la belleza y la felicidad de Omelas quedarían destruidas<sup>97</sup>. La ciudad imaginaria de Omelas es un claro reflejo no solo de la desigualdad existente entre las diferentes áreas del planeta (norte-sur, centro-periferia, primer mundo-tercer mundo...), sino de la desigualdad insita en cada uno de los Estados que lo componen, y de cómo la configuración del mundo en que vivimos se ha construido sobre el sufrimiento de las personas pobres y la ineficacia de sus derechos fundamentales.

En suma, toda base teórica que otorgue justificación a una sociedad desigual debe ser puesta en cuestión, pues supone un apoyo a mecanismos institucionales que son contrarios a la dignidad de la persona y los derechos humanos que le son inherentes. Como se ha podido observar, el gerencialismo, el punitivismo, el funcionalismo radical y el comunitarismo<sup>98</sup> otorgan el fundamento óptimo a la aporofobia institucional, y, por tanto, son teorías claramente opuestas a un Estado defensor, promotor y protector de nuestros derechos humanos. Un Derecho penal que abraza estas teorías, configurándose como comunitarista o aporóforo, no puede considerarse compatible con los derechos fundamentales de las personas pobres, siendo inevitable concluir que es un Derecho penal esencialmente injusto.

### REFERENCIAS

- ALBERT, Fruzsina. “The criminalisation of rough sleeping in Hungary”. En: *ESPN Flash Report 2018/62*. [En línea]. *European Social Policy Network*. Noviembre 2018. [Disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=20487&langId=en>].
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Oriente Medio y Norte de África: Los derechos laborales están en juego durante la COVID-19”. *Noticias*. [En línea]. 2020. [Disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/04/mena-workers-rights-on-the-line-during-covid19/>].
- ARENDRT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, 1999.
- ARIAS EIBE, José M. “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”. En *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 29, 2006, pp. 439-453.
- BANCO MUNDIAL. “Entendiendo la pobreza”. [En línea]. 16 de abril de 2020. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview#:~:text=De%20acuerdo%20con%20estimaciones%20del,magnitud%20de%20la%20crisis%20econ%C3%B3mica>.
- BELAUSTEGUI, Luis. “Neoliberalismo como cultura: neosujeto, empresa y Estado desigualitarista”. En: *Areas*, 36/2017, pp. 25-38.
- BETEGÓN, Jerónimo. “Liberalismo, comunitarismo, derechos”. En BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco, de páramo, J. Ramón, y PRIETO, Luis (Coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2004.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”. En: *Indret*, 2/2014.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “La evolución de la penalidad en el contexto de la gran recesión: la contracción del sistema penitenciario español”. En: *RDPyC*, nº 12, julio 2014, pp. 309-342.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, José Á. “El *New Public Management* y las políticas penales”. En: *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, nº 87, julio-diciembre 2016, pp. 181-219.
- CHRONOWISKI, Nóra y HALMAI, Gábor. “Human Dignity for Good Hungarians Only. The Constitutional Court’s Decision on the Criminalization of Homelessness”. *Verfassungsblog*. [En línea]. Junio 2019. [Disponible en <https://verfassungsblog.de/human-dignity-for-good-hungarians-only/>].
- CIGÜELA SOLA, Javier. *Crimen y castigo del excluido social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona: Paidós, 2017.
- CORTINA ORTS, Adela. *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos, 2006.

97 “Those are the terms. To exchange all the goodness and grace of every life in Omelas for that single, small improvement: to throw away the happiness of thousands for the chance of the happiness of one: that would be to let guilt within the walls indeed” (LEGUIN, Ursula K., *The Ones Who Walk Away from Omelas*. Harper perennial. [Ebook]. 1973).

98 Pese a que el comunitarismo, como se ha visto, proporciona una base óptima para justificar la desigualdad y la exclusión, el propio SANDEL, Michael. *Justicia, op. cit.*, p. 52, utiliza la obra para justificar su oposición al utilitarismo.

- DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*. Barcelona: Virus Editorial.
- DOMÍNGUEZ, Íñigo. “Una dudosa alarma sobre los okupas”. [En línea]. *El País*. 6 de septiembre de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/espana/2020-09-05/una-dudosa-alarma-sobre-los-okupas.html>].
- FARIZA, Ignacio. “Sal sobre la herida de la desigualdad: el coronavirus agranda la brecha económica”. *El País*. [En línea]. 31 de mayo de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/economia/2020-05-30/sal-sobre-la-herida-de-la-desigualdad-el-coronavirus-agranda-la-brecha-economica.htm>].
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. “El principio de lesividad como garantía penal”. En: *Nuevo Foro Penal*, N° 79, 2012, pp. 100-114.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. “La Constitución como norma jurídica”. *Anuario de Derecho civil*, 1979, 2-3, pp. 291-342.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Global Estimates of Modern Slavery*. [En línea]. 2017. [Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)].
- JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996.
- JAKOBS, Gunter, y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- KIKUCHI, Shinnosuke KITAO, Sagiri, y MIKOSHIBA, Minamo. “Heterogeneous employment vulnerability and inequality in Japan”. En: *VOX EU, CEPR Policy portal*. [En línea]. 2020. [Disponible en <https://voxeu.org/article/heterogeneous-employment-vulnerability-and-inequality-japan>].
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Madrid: Espasa, 2010.
- LAPORTA, Francisco J. “Comunitarismo y nacionalismo”. *DOXA* 17-8, 1995, pp. 53-68.
- “Las medidas de Casado contra los “okupas”: penas de cárcel y poder echarlos en 48 horas”. [En línea]. *ABC*. 10 de julio de 2020. [Disponible en [https://www.abc.es/economia/abci-medidas-casado-contra-okupas-penas-carcel-y-pueda-echarlos-48-horas-202007091255\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-medidas-casado-contra-okupas-penas-carcel-y-pueda-echarlos-48-horas-202007091255_noticia.html)].
- LEGUIN, Ursula K., *The Ones Who Walk Away from Omelas*. Harper perennial. [Ebook]. 1973.
- LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal, Parte general*. Madrid: Dykinson, 2018.
- MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Austral, 2019.
- MOLINA, Ignacio. *Conceptos fundamentales de ciencia política*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Madrid: Aranzadi, 2001.
- NAVARRETE POBLETE, Jorge. “Michael Walzer y la igualdad compleja”. *Derechos y libertades*, Año IX, n° 13, pp. 241-259.
- NINO, Carlos. “Liberalismo ‘versus’ comunitarismo”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, septiembre-diciembre 1988, pp. 363-376.
- LÓPEZ FONSECA, Óscar. “Los delitos se redujeron un 73,8% los primeros 15 días del confinamiento”. *El País*. [En línea]. 1 de mayo de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/espana/2020-05-01/los-delitos-se-redujeron-un-738-los-primeros-15-dias-del-confinamiento.html>].
- OSBORNE, David, y GAEBLER, Ted. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Weasley. 1992.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Punitivismo y democracia: ‘Las necesidades sociales’ y la ‘voluntad popular’ como argumentos político-criminales”. *Libertas*, 53 pp.
- PÉREZ, Roberto. “Tres de cada diez presos que hay en España son extranjeros”. *ABC*. [En línea]. 26 de febrero de 2018. [Disponible en [https://www.abc.es/espana/abci-tres-cada-diez-presos-espana-extranjeros-201802260257\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-tres-cada-diez-presos-espana-extranjeros-201802260257_noticia.html)].
- PÉREZ CEPEDA, Ana I. “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”. En: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Universidade Da Coruña, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 95-159.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México D. F.: Fondo de cultura económico. 2006.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”. *DOXA*, 12, 1992, pp. 95-114.
- SANDEL, Michael. *Justicia*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo. “El concepto de ciudadanía en el comunitarismo”. *Revista mexicana de*

- derecho constitucional*, nº 23, julio-diciembre 2010, pp. 154-174.
- SOCOLOVSKI, M<sup>a</sup> Yamile. “La comunidad excluyente: Crítica de la teoría de las esferas de justicia de Michael Walzer”. *Revista de Filosofía y Teoría Política*. 1992, nº 31-32, pp. 295-311.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “Sistema penal y empresa”. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan M. y ACALE SÁNZ, María (Coords.). *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*. Universidad de Cádiz, 2008, pp. 13-38.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “Un sistema penal para la aporofobia”. En: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Dirs.). *Un juez para la democracia*. Madrid: Dykinson. 2019, pp. 353-363.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Aporofobia y plurtofilia*. Barcelona: Bosch, 2020.
- THIEBAUT, Carlos. *Los límites de la comunidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992.
- TORREJÓN PÉREZ, Sergio, FANA, Marta, GONZÁLEZ-VÁZQUEZ, Ignacio, y Fernández-Macías, Enrique. “The asymmetric impact of COVID-19 confinement measures on EU labour markets”. En: *VOX EU, CEPR Policy portal*. [En línea]. 2020. [Disponible en <https://voxeu.org/article/covid-19-lockdown-and-eu-labour-markets>].
- UNITED NATIONS. “Inequality: Bridging the divide”. [En línea]. 2019. [Disponible en: <https://www.un.org/en/un75/inequality-bridging-divide>].
- UNITED NATIONS. “Report: Global Multidimensional Index 2019: Illuminating inequalities”. [En línea]. 2019. [Disponible en: [https://ophi.org.uk/wp-content/uploads/G-MPI\\_Report\\_2019\\_PDF.pdf](https://ophi.org.uk/wp-content/uploads/G-MPI_Report_2019_PDF.pdf)].
- Global Slavery Index. [En línea]. 2018. [Disponible en <https://www.globalslaveryindex.org/2018/data/country-data/spain>].
- VIEJO, Manuel. “Los datos sobre la okupación en Madrid que desmienten la alarma de Almeida y de Vox”. [En línea]. *El País*. 10 de septiembre de 2020. [Disponible en <https://elpais.com/espana/madrid/2020-09-09/los-datos-sobre-la-okupacion-en-madrid-que-desmienten-la-alarma-de-almeida-y-de-vox.html>].
- WALZER, Michael. *Esferas de justicia*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica. 1993.
- WEBER, Max. *La política como profesión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2018.