

La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales

Javier Gómez Lanz

Universidad Pontificia Comillas - ICADE

Abstract

Este trabajo examina la idoneidad de la Filosofía del Derecho penal como disciplina para abordar el debate sobre la vinculación entre las posiciones fundamentales que se defienden en el ámbito de las disciplinas penales con una ideología o una filosofía política y moral. Así, se presentan sintéticamente los contenidos esenciales que podrían dar cuerpo a la filosofía del Derecho penal: la reflexión normativa sobre el fundamento del Derecho penal y su legitimación, así como la reflexión normativa sobre sus características formales y sobre los criterios de criminalización de conductas. Seguidamente, se exponen las líneas esenciales de dos de las posibles aproximaciones a este conjunto de cuestiones, que conectan con las principales líneas de pensamiento político y moral: el liberalismo y el comunitarismo.

Diese Arbeit untersucht die Eignung der Strafrechtsphilosophie als Disziplin für die Erörterung der Diskussion über die Verbindung zwischen den in den Strafrechtswissenschaften vertretenen grundsätzlichen Ansätzen und einer bestimmten Ideologie oder einer Moral- bzw. politischen Philosophie. Dabei werden die für die Strafrechtsphilosophie maßgeblichen Inhalte kurz dargestellt: Die normative Betrachtung der Grundlagen und der Legitimation des Strafrechts sowie die normative Betrachtung seiner formalen Eigenschaften und der Strafbarkeitsvoraussetzungen einer Handlung. Im Anschluss werden die Grundgedanken zweier für die aufgeworfenen Fragenkomplexe möglichen Herangehensweisen, die an die wesentlichen politischen und moralischen Denkschulen anknüpfen, veranschaulicht: Liberalismus und Kommunitarismus.

This paper addresses the aptness of Philosophy of Criminal Law as the proper field to tackle the argument about the connections between Criminal Theory and Political and Moral Philosophy. Thus, the paper deals with the main subjects of Philosophy of Criminal Law: the normative deliberation about the foundation and legitimacy of Criminal Law, as well as the normative discussion about its formal characteristics and material content (criminalization theory). Subsequently, the paper analyses two of the most promising political and moral approaches to this set of questions: liberalism and communitarianism.

Titel: Strafrechtsphilosophie im Spannungsfeld zwischen politischer Philosophie und Strafrechtswissenschaft
Title: Philosophy of Criminal Law as a framework for the connection between Political Philosophy and Criminal Theory.

Palabras clave: Filosofía del Derecho penal, teoría de la pena, teoría de la criminalización, liberalismo, comunitarismo.

Stichworte: Strafrechtsphilosophie, Strafzwecktheorie, Kriminalisierungstheorie, Liberalismus, Kommunitarismus
Keywords: Philosophy of Criminal Law, theories of punishment, criminalization theory, liberalism, communitarianism.

Sumario

1. Introducción
2. Filosofía política y filosofía del Derecho penal.
3. La filosofía política y el debate sobre la legitimación del Derecho penal.
 - 3.1. El liberalismo, la legitimación del Derecho penal y la teoría de la pena.
 - 3.2. La legitimación del Derecho penal y de la pena en el comunitarismo.
4. Filosofía política y teoría de la criminalización.
 - 4.1. El liberalismo y la teoría de la criminalización.
 - 4.2. El comunitarismo y la teoría de la criminalización.
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

El presente trabajo aborda algunos aspectos de las relaciones estructurales entre Derecho, Política y Moral. En la convicción de que se trata de una materia esencial en el ámbito de nuestra disciplina y toda vez que, pese a su incidencia en cuestiones cruciales, no tiene una presencia equiparable en la discusión académica, mi propósito inicial es formular tres tesis; una descriptiva – la vinculación más o menos consciente entre las posiciones fundamentales que se defienden en el ámbito de las disciplinas penales con un conjunto de ideas políticas y, en última instancia, morales, estén o no organizadas en torno a una ideología o a una filosofía política o moral – y dos normativas – la conveniencia de explicitar esas ideas en el debate académico y de aceptarlas como objeto natural del mismo y, en segundo lugar, la idoneidad de la filosofía del Derecho penal como marco en el que dar cuenta de este debate –. Mientras que la primera de estas ideas no puede considerarse novedosa¹, creo que sí lo es, hasta cierto punto, abordarla como uno de los problemas específicos de la filosofía del Derecho penal. Por ello, tras presentar de forma sintética los contenidos esenciales que, a mi juicio, dan cuerpo a este sector de la filosofía del Derecho penal, mi objetivo es exponer las líneas esenciales de dos posibles aproximaciones a estas cuestiones, que conectan con las principales líneas de pensamiento político y moral: el liberalismo y el comunitarismo².

¹ MIR PUIG, en particular, no sólo ha puesto de manifiesto de forma expresa en la mayor parte de sus obras la conexión íntima entre lo político y lo penal, sino que ha destacado el carácter fundamental de esta conexión (*cfr.*, por ejemplo, MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, pp. 15 ss.). En este mismo sentido, DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, 1986, p. 26, y DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, «Orden político y política criminal», *RDPC*, (5), 1995, pp. 843 ss.

² La reflexión normativa sobre el fundamento del Derecho penal y sus características no agota el contenido propio de la filosofía del Derecho penal. Dentro de esta disciplina se integran otras dimensiones entre las que destaca significativamente la aplicación al Derecho penal de la filosofía analítica del lenguaje, algunos de cuyos problemas principales he tenido oportunidad de abordar en ocasiones anteriores, como en los capítulos 2 y 3 de

2. Filosofía política y filosofía del Derecho penal.

Las advertencias sobre los puntos de contacto entre lo político y lo jurídico-penal son frecuentes en los tratados de Derecho penal. Es habitual, por ejemplo, encontrar referencias a la importancia de la potestad punitiva como manifestación de la soberanía estatal³, a la rápida adaptación de los Códigos Penales a los cambios constitucionales⁴, o al carácter particularmente intenso del Derecho penal como medio de intervención estatal en la vida de los ciudadanos⁵. Del mismo modo, la inseguridad ciudadana, el aumento o descenso relativos de los niveles de delincuencia y el mayor o menor rigor del sistema de penas constituyen argumentos familiares en la contienda política. Estas afirmaciones, aunque suelen enunciarse de forma aislada, ponen de manifiesto la existencia de un vínculo material entre el debate político y el penal. A mi juicio, tal vínculo se puede expresar conceptualmente como una relación -con alto grado de analogía- entre la filosofía política y la filosofía del Derecho penal. A la presentación de esta conexión se dedican las siguientes páginas.

Aunque cualquier definición sobre el objeto de una disciplina es siempre discutible, existe una tradición reconocida que liga el desarrollo de la filosofía política con la formulación de preguntas radicales y últimas relativas al deber ser de lo político, esto es, a la distribución y disposición del poder en la sociedad⁶. De esta manera, la filosofía política se materializa, primeramente, en una pregunta por la propia necesidad de existencia del Estado⁷ y, en el caso de que ésta sea respondida afirmativamente, en una pregunta sucesiva sobre las características que debe reunir el Estado.

Reducida a sus términos más simples, la respuesta a la primera pregunta viene precedida habitualmente de una ponderación (con una larga tradición⁸) de las ventajas e inconvenientes de la existencia del Estado frente al “estado de naturaleza” y contempla dos alternativas: el rechazo del Estado (asociado -anarquismo- o no -libertarianismo- a una oposición cumulativa a la estructuración de la sociedad mediante organizaciones e instituciones privadas⁹) y la afirmación del Estado como una forma de organización ventajosa o necesaria (“arquismo” o “estatismo”).

La segunda pregunta tiene, en cambio, múltiples respuestas que conforman las que podemos denominar “teorías políticas de carácter normativo” (o bien, “ideologías”¹⁰). Estas teorías ofrecen una justificación (en tanto que arquismos) de la existencia del Estado, justificación que puede ser

GÓMEZ LANZ, *La interpretación de la expresión ‘en perjuicio de’ en el Código Penal*, Madrid, 2006, y en GÓMEZ LANZ, «La aproximación de la hermenéutica a la dogmática penal», *Icade*, (82), 2011, pp. 149 ss.

³ Y así señala FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, p. 151, el esfuerzo de entidades supraestatales para adquirir poder sancionador como medio de afirmación de la propia soberanía.

⁴ BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*, 1977, p. 17; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, 15ª ed., 1992, p. 16, y DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *RDPC*, 1995, p. 843.

⁵ SCHONSHECK, *On criminalization*, 1994, p. 1, y DEMETRIO CRESPO, «El Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!*», *RGDP*, (4), 2005, p. 9.

⁶ GOODWIN, *Using political ideas*, 2004, pp. 4 ss., quien, no obstante, prefiere utilizar *political theory* en este sentido y reservar *political philosophy* para la actividad dirigida al análisis conceptual de los términos que emplea la primera.

⁷ NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 2013, p. 4.

⁸ Vid. ya HOBBS, *Leviathan*, 1968, pp. 183 ss., y LOCKE, *Second Treatise of Government*, 1980, pp. 8 ss.

⁹ ROTHBARD, *For a new liberty*, 2012, pp. 55 ss.

¹⁰ En el sentido, no peyorativo, en el que utiliza el término GOODWIN, *Using political ideas*, 2004, p. 29.

procedimental, relativa a la forma de adquisición del poder, o bien sustantiva, con referencia a la extensión en el ejercicio de ese poder y a los objetivos susceptibles de persecución con tal ejercicio. Estas últimas se pueden ordenar en un rango atinente a la intensidad de la intervención estatal en la organización social que se extendería desde un límite de máxima intervención (representado, entre otros, por el fascismo o por la dictadura del proletariado) hasta un límite de intervención mínima (cuyo ejemplo puede ser el Estado mínimo descrito por NOZICK¹¹). En este entorno de discusión se ubican líneas de pensamiento como el comunitarismo y el liberalismo a partir de las que se estructura aquí el debate. Junto con esta filosofía política, eminentemente teórica, coexiste una ciencia social de carácter empírico (propriadamente, la “ciencia política”), que se preocupa del ser de lo político y que produce teorías descriptivas sobre el Estado y su organización.

De forma paralela, cabría definir la filosofía del Derecho penal como la disciplina que se ocupa de las preguntas radicales y últimas relativas al deber ser de lo penal.

Tomo la expresión fundamentalmente de la obra de HUSAK¹², aunque el contenido asignado a la disciplina sólo coincide parcialmente. “Filosofía del Derecho penal”, no obstante, ya se ha empleado con anterioridad en la doctrina española para referirse tanto a concepciones generales del Derecho penal basadas en una perspectiva filosófica¹³, como a estudios que abordan problemas clásicos de la dogmática penal desde enfoques próximos a la filosofía jurídica¹⁴ y a la reflexión teórica sobre la pena y el castigo¹⁵.

También en este caso el debate se inicia cuestionando la propia necesidad de existencia del Derecho penal, para a continuación, en caso de que la interrogación sea objeto de una respuesta afirmativa, discutir las características que debe reunir el Derecho penal. Y, continuando con la correspondencia entre disciplinas, se verifican igualmente dos posibles respuestas a la cuestión germinal que dependen del modo en el que se valoren las ventajas y los inconvenientes derivados de la existencia del Derecho penal: el abolicionismo, por una parte, y el “punitivismo”, por otra, como expresión esta última –seguramente desafortunada– de las teorías que manifiestan su predilección por la existencia de un Derecho penal frente a otras fórmulas alternativas para afrontar el fenómeno criminal¹⁶. La pregunta por las ventajas e inconvenientes de la existencia del Derecho penal apela, en última instancia, a su legitimidad teórica como instrumento político del Estado, legitimidad que se erige, por tanto, sobre la función que se atribuye al Derecho penal en la esfera de la política estatal. En el seno de nuestra disciplina, el debate sobre la función que debe desempeñar el Derecho penal se ha centrado particularmente en la misión que debe atribuirse a la pena, como institución especificativa y constitutiva del Derecho penal, produciendo diversas teorías normativas que se mueven en los marcos trazados principalmente por el retribucionismo

¹¹ NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 2013, pp. 26 ss.

¹² HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, 1987.

¹³ Es el caso de la obra de MASAVEU MASAVEU, *Nueva dirección española en filosofía del Derecho penal*, 1942, en la que presenta el pensamiento jurídico penal de Saldaña (así como el propio) y su conexión con el pragmatismo filosófico.

¹⁴ Así, el volumen colectivo *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, editado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO.

¹⁵ De “Filosofía Penal” habla ya MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 89, como marco de desarrollo de la teoría de los fines de la pena.

¹⁶ Es llamativo que las denominaciones de las teorías que postulan respectivamente la desaparición del Estado y del Derecho penal se encuentren más asentadas y resulten más familiares que las de las teorías que postulan su existencia, seguramente porque lo usual es dar esta última por descontada.

y el preventivismo.

Ello ha propiciado que en el debate se entrecruzen las cuestiones relativas a la función de la propia pena y las concernientes a la función del Derecho penal¹⁷, que sólo coinciden en algunos modelos teóricos. Como señala ALCÁCER GUIRAO¹⁸, en la prevención intimidatoria, el fin de la pena (prevenir acciones) es instrumental para el fin del Derecho penal (proteger bienes jurídicos), mientras que en la prevención positiva ambos fines pueden concurrir al converger estabilización de la norma y estabilización de la sociedad. En el retribucionismo kantiano se aprecia también la confluencia –incluso con más claridad– entre la calificación de la ley penal como imperativo categórico y la justificación intrínseca de la pena¹⁹.

Afirmada la necesidad o la conveniencia de la existencia del Derecho penal, cabe encontrar también una pluralidad de respuestas de naturaleza normativa sobre las características que aquél debe reunir, aunque no se agregan usualmente formando “teorías”. A este respecto, son más habituales las opiniones relativas a aspectos estructurales del Derecho penal, entendiendo por tales principios como los de legalidad, proporcionalidad o humanidad, que precisan la forma en la que debe manifestarse el Derecho penal y no tanto –o sólo de modo derivado– su contenido.

Estas opiniones, además, suelen estar ligadas a la conclusión alcanzada previamente por sus defensores acerca de la función que debe cumplir la pena y, por tanto, a un juicio sobre la legitimación del Derecho penal. Como es conocido, el compromiso de las distintas formas de retribucionismo y preventivismo con los principios mencionados no es el mismo y, cuando lo es, no se funda en las mismas razones. El caso de la proporcionalidad –medular en el retribucionismo y complementaria en el preventivismo (y sólo en algunas versiones)– es suficientemente ilustrativo.

Menor presencia tiene, aunque a mi juicio es –cuando menos– igual de importante, una teorización sobre el contenido sustancial del Derecho penal, esto es, sobre el objeto del castigo. Es, de este modo, relativamente inusual hallar teorías sustantivas de criminalización que formulen respuestas más o menos precisas a la pregunta por las conductas que deben ser penalmente castigadas. Creo, no obstante, que una filosofía del Derecho penal completa o integral puede y debe abarcar también esta cuestión, junto con las ya enunciadas relativas a la legitimidad del Derecho penal como instrumento del Estado y a las condiciones formales en las que debe producirse la criminalización.

Coexiste con esta filosofía del Derecho penal una ciencia social de carácter empírico, que se preocupa del ser de lo penal y que produce teorías descriptivas sobre la función efectiva de aquél. Aunque, en buena medida, el propósito de esta ciencia social se identifica con el de la Criminología, puede concebirse también como parte de la Política Criminal, si se asigna a esta última un cometido amplio como disciplina que acoge tanto cuestiones de ser como de deber ser²⁰.

En este marco, disciplinas como la teoría del delito o la teoría de la pena (esta última, en su aspecto

¹⁷ Expresamente, TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, 1981, p. 13.

¹⁸ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en *ADPCP*, (LI), 1998, pp. 369 ss.

¹⁹ KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 1999, p. 166.

²⁰ BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, 2011, pp. 20 ss., y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., 2015, p. 53. Por contra, enfatizan las diferencias entre una criminología empírica y una política criminal normativa ZIPF, *Introducción a la Política Criminal*, 1979, p. 13; y HERRERO HERRERO, *Política criminal integradora*, 2007, p. 105.

descriptivo y no prescriptivo) tendrían una relación con la filosofía del Derecho penal equivalente a la del Derecho constitucional con la filosofía política, al constituir la descripción sistemática de la forma jurídica en la que se articula en un momento y lugar concretos la respuesta a las anteriores preguntas.

A la analogía estructural –a mi juicio, no artificiosa– entre la filosofía política y la filosofía del Derecho penal se anuda un vínculo externo entre ambas, pues cualquier teoría sobre la existencia y legitimación del Derecho penal (y, por ende, cualquier teoría de la pena), así como cualquier teoría –formal y material– de la criminalización emanan si no de una teoría política de carácter sustantivo, sí, al menos, de un conjunto de ideas políticas, mejor o peor articuladas, de carácter sustantivo²¹. Y, en la medida en que a toda filosofía política subyace, a su vez, una filosofía moral²², la conexión entre la filosofía del Derecho penal y aquella se extiende naturalmente a esta última²³. Se trata de una conexión que, en mi opinión, no debe desterrarse de la reflexión propia de la disciplina, sino que, por el contrario, debe ser objeto de atención explícita, precisamente con vistas a perfeccionar esa articulación en pos de la máxima coherencia posible.

Es preciso destacar que en el ámbito de la doctrina española hay, sin duda, trabajos muy relevantes – como los de ALCÁCER GUIRAO y MIR PUIG²⁴– que se ubican claramente en el ámbito de reflexión que se acaba de describir, aunque lo cierto es que atienden de forma preferente al debate relativo a la teoría de la pena²⁵.

Para el examen de la relación entre filosofía política y filosofía del Derecho penal resultan, a mi juicio, particularmente productivas las teorías políticas de carácter sustantivo que señalan criterios materiales para la utilización coercitiva de la fuerza del Estado. Sin minimizar el respaldo que una teoría de justificación procedimental del poder puede prestar a ciertos principios limitativos del *ius puniendi*²⁶, no cabe duda de que las teorías políticas sustantivas entrañan un mayor compromiso en la fijación de requisitos materiales para el uso del Derecho penal y, por tanto, pueden contribuir de forma más significativa a la construcción de una teoría de justificación del Derecho penal y de una teoría de la criminalización. Siguiendo una propuesta con cierto predicamento ya en el debate filosófico sobre el Derecho penal²⁷, a fin de presentar de forma sintética los aspectos cruciales de la polémica, se opondrán las propuestas derivadas de los dos modelos que vertebran en occidente el debate ético-político en las últimas décadas: el

²¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, 1978, p. 21, y DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 35.

²² BERLIN, *Liberty*, 2009, p. 168.

²³ Cfr. DEL ROSAL FERNÁNDEZ, *Derecho penal español*, 1959, p. 16, y BUENO ARÚS, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, pp. 18 ss.

²⁴ ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, pp. 365 ss., y MIR PUIG, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1982, pp. 15 ss. En este último caso, no obstante, la preocupación del autor no es la construcción de una teoría de la pena (y del delito) coherente con una teoría política de carácter normativo, sino con el modelo de Estado vigente. Esta obra de MIR PUIG, en consecuencia, es y pretende ser dogmática penal y no filosofía del Derecho penal (frente a, por ejemplo, su *Introducción a las bases*, 1976, pp. 88 ss.).

²⁵ También DEMETRIO CRESPO, *RGDP*, 2006, p. 2, señala que los “modelos de pensamiento de la Filosofía Política (...) se vierten al Derecho Penal a través de la discusión acerca de los fines de la pena”.

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, la conexión entre teoría democrática del Estado y el principio de protección de bienes jurídicos (democráticamente definidos), en MIR PUIG, *Introducción a las bases*, 1976, pp. 151 ss.

²⁷ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 35 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, pp. 365 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, 2000, p. 27; FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, pp. 151 ss., y DEMETRIO CRESPO, *RGDP*, 2006, p. 4.

liberalismo, por una parte, y el comunitarismo, por otra²⁸. Aunque ambos se tomarán, por supuesto, como tipos ideales y sin pretensión de profundizar en la exposición de las direcciones que pueden hallarse en su seno, se explicitarán, no obstante, algunas divergencias apreciables entre corrientes internas de distinto signo.

3. La filosofía política y el debate sobre la legitimación del Derecho penal.

Según lo indicado, se aborda a continuación el análisis de la relación entre la filosofía política y el primer bloque de materias que cabe integrar en la filosofía del Derecho penal: la justificación de la existencia del Derecho penal y la misión atribuida a la pena²⁹. Para ello, se discutirán separadamente las principales posiciones liberales y comunitaristas.

Debe señalarse, no obstante, la existencia de perspectivas que advierten en este debate una excesiva confianza en planteamientos racionalistas y que propugnan una justificación empírica de la potestad punitiva, que parte de la realidad de su existencia y dirige el acento a la cuestión de sus límites³⁰.

3.1. El liberalismo, la legitimación del Derecho penal y la teoría de la pena.

Es complicado precisar los contornos del liberalismo, pues, como es natural en una teoría política con varios siglos de historia, no hay un único patrón, sino una pluralidad de propuestas que, con mayor o menor propiedad, pueden calificarse como liberales³¹. Existen, sin embargo, elementos comunes a todas ellas que permiten, en términos generales, caracterizar un modelo como "liberal". Así, a los efectos aquí relevantes, pueden destacarse los siguientes rasgos³²:

- a) la consideración del individuo racional como unidad básica explicativa de la sociedad política y el papel crucial del consentimiento (del contrato) como justificación del poder político³³;
- b) la atribución a la libertad individual de un *status* preferente como factor de organización social;

²⁸ Como claves de análisis, me parecen más significativos "liberalismo" y "comunitarismo" que otros parámetros, como "neoliberalismo" y "socialdemocracia", a los que acude ZÚNIGA, *Política Criminal*, 2001, pp. 36 ss. A mi juicio, los primeros se encuentran definidos de forma más precisa y aceptada por sus partidarios ("neoliberalismo" es una expresión que emplean -con precisión discutible- quienes no son seguidores de tal corriente) y resultan más inclusivos, en tanto que incorporan un espectro más amplio de concepciones individualistas y comunitaristas.

²⁹ Como recuerda ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, p. 31 ss., la justificación y la distribución de la pena son cuestiones distintas, por más que puedan coincidir los criterios y principios que se aducen en uno y otro debate. Aunque quizá resulte más patente la influencia de la filosofía política en la primera de ella, las decisiones sobre la distribución de la pena distan mucho de ser meramente técnicas y están también políticamente cargadas (la propia propuesta de ROBINSON, pp. 273 ss., de un principio distributivo híbrido centrado en el merecimiento empírico invoca en varias ocasiones como argumento las posibilidades y opciones disponibles en una "democracia liberal").

³⁰ SERRANO MAÍLLO, *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, 1999, pp. 113 ss.

³¹ Vid. la clasificación que presenta JACOBS, «Criminal Justice and the Liberal Polity», *Criminal Justice Ethics*, (30-2), 2011, pp. 178 ss.

³² En general, cfr. GOODWIN, *Using political ideas*, 2004, pp. 37 ss.

³³ LOCKE, *Second Treatise of Government*, 1980, pp. 52 ss.

Debe apreciarse, no obstante, que las razones de la prevalencia valorativa de la libertad en el pensamiento liberal no son uniformes. En la mayoría de los casos, la libertad se concibe como un derecho natural del ciudadano³⁴ o como el ingrediente principal de la felicidad y el progreso individual y social³⁵, mientras que en otros supuestos constituye un corolario de la propiedad privada de los medios de producción, en la medida en que ambas (propiedad privada y libertad) contribuyen a una mayor productividad³⁶. De la misma manera, tampoco el concepto de libertad que se maneja es unitario. Aun cuando en el espectro de pensamiento liberal predomina una consideración de la libertad individual en su sentido “negativo”, esto es, la libertad de desarrollar la propia actividad sin obstáculos externos³⁷, también forma parte del acervo original del liberalismo un sentido “positivo” de libertad, que encarna las ideas de autonomía política y de capacitación para la acción política, pero que puede ser fácilmente manejado para articular propuestas antiliberales³⁸. Por otra parte, incluso entre quienes priorizan el aspecto “negativo” de la libertad, puede distinguirse entre quienes persiguen principalmente evitar la interferencia estatal y quienes enfatizan la necesidad de prevenir la intrusión de los demás individuos en la esfera de libertad propia.

- c) el reconocimiento de una pluralidad de valores y fines perseguidos por los individuos en el seno de la sociedad³⁹. El Estado liberal no pretende ordenar jerárquicamente estos fines y valores ni resolver los conflictos entre ellos, sino sólo facilitar un marco neutral en el que cada individuo pueda perseguir los que elija⁴⁰. Como después se indicará, el liberalismo supone un compromiso con la existencia de una pluralidad de valores asumidos y defendidos por los distintos individuos que componen la sociedad y no –al menos, no necesariamente– con la existencia de una pluralidad de valores objetivos⁴¹; y
- d) la distinción entre lo “bueno” y lo “legal” como marco acordado de interacción social⁴².

A este respecto, aunque hay un liberalismo que concibe la neutralidad estatal como la consecuencia de una posición moral escéptica ligada al relativismo moral, predomina una fundamentación que parte de la diferencia kantiana entre lo legal y lo correcto para afirmar que la existencia de un marco neutral formado por valores como la autonomía racional, la dignidad y la libertad constituye en sí un principio moral. El liberalismo, por tanto, pese a su reconocimiento del pluralismo y su renuncia a fijar criterios que permiten definir una “vida buena”, no tiene por qué ser una teoría política fundada en un escepticismo moral, sino una teoría de moralidad política que enfatiza los valores señalados⁴³. De hecho, como señala JACOBS, la existencia del orden liberal depende de que los miembros de la sociedad compartan ciertos compromisos valorativos y desarrollen disposiciones y actitudes que los reflejen, tales como el valor fundamental de la libertad individual, la vinculación teleológica del orden legal con la

³⁴ LOCKE, *Second Treatise of Government*, 1980, p. 17, o SPENCER, *The Man versus the State*, 1960, pp. 179 ss.

³⁵ MILL, *On Liberty*, 2002, p. 47.

³⁶ VON MISES, *Liberalism. The classical tradition*, 2005, pp. 3 ss.

³⁷ BERLIN, *Liberty*, 2009, p. 169.

³⁸ BERLIN, *Liberty*, 2009, pp. 178 ss.

³⁹ HAYEK, *The road to serfdom*, 2001, pp. 62 ss.; RAWLS, *Political liberalism*, 2005, p. 4, y BERLIN, *Liberty*, 2009, pp. 212 ss.

⁴⁰ ALCÁZER GUIRAO, «Facticidad y normatividad: Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal», en *ADPCP*, (LII), 1999, p. 202.

⁴¹ Cfr. JACOBS, *Criminal Justice Ethics*, 2011, pp. 174 ss.

⁴² Ya KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 1999, pp. 232 ss., y, así mismo, RAWLS, *Political liberalism*, 2005, pp. 173 ss.

⁴³ HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, 1987, p. 244, y DWORKIN, «Liberalism», en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, p. 77. O, al menos, una teoría que asume la idea de que la vida espiritual del ser humano es ajena a regulaciones de carácter externo, en especial, de carácter estatal (VON MISES, *Liberalism*, 2005, p. XX).

prevención del daño y el agravio a las personas o la moderación en la pretensión de imponer a los demás la propia concepción del bien⁴⁴.

No obstante, la asociación del liberalismo clásico con una teoría ética de corte utilitarista⁴⁵, distinta de la que se acaba de esbozar, predispuso a una justificación del Derecho penal ligada a su eficacia como medio de tutela de los bienes de los ciudadanos mediante el empleo instrumental de penas dirigido a desincentivar la realización de conductas que lesionan tales bienes. Es esta una teoría en la que aparecen claramente desdoblados el fin legitimador del Derecho penal (la protección de bienes jurídicos) y el fin de la pena (la prevención de delitos, instrumental para el anterior)⁴⁶. El ejemplo usual de esta conexión entre liberalismo, utilitarismo y atribución a la pena de la función de prevención general negativa es la obra de BENTHAM, para quien la maldad intrínseca de la sanción penal (en tanto que daño que produce dolor) sólo se justifica, en atención al principio de maximización de la utilidad, en la medida en que posibilita la exclusión de un mal mayor, es decir, en cuanto que resulta compensada por una reducción mayor de daño o dolor⁴⁷.

Junto con esta adscripción utilitarista, la afirmación por parte de un sector del liberalismo de una pena exclusivamente preventiva es también, en buena medida, resultado de su rechazo expreso del retribucionismo como criterio de justificación⁴⁸. En las versiones más próximas temporalmente, se advierte la relevancia que el reconocimiento del pluralismo social tiene en este punto para esta corriente del pensamiento liberal. En un escenario de diversidad de valores, el retribucionismo se percibe como una doctrina anclada en el pensamiento idealista, en la interpretación del Derecho y el Estado como exigencias *a priori* de la razón y ligada, en suma, a una idea del Estado que asume la misión de realizar la Justicia en la tierra. En estos términos, la distancia con un modelo de Estado que renuncia a imponer un determinado valor como fundamentalmente bueno y que sólo tiene como propósito habilitar la convivencia ordenada de los individuos aboca a una justificación preventivista de la pena incorporada a una concepción del Derecho penal como instrumento para asegurar las condiciones mínimas de la coexistencia y el logro de los fines individuales. Este curso de pensamiento se aprecia, por ejemplo, en la posición de HART, quien en todo caso distingue entre el retribucionismo como criterio de justificación del Derecho penal (que rechaza) y como criterio de distribución de la pena (que

⁴⁴ JACOBS, *Criminal Justice Ethics*, 2011, pp. 176 ss. De hecho, autores como BAURMANN, *El mercado de la virtud*, 1998, p. 248, señalan cómo es la sociedad liberal, al garantizar una protección a la libertad de asociación y de cooperación, la que permite el funcionamiento de un “mercado de la virtud” que gestione “una demanda estable de personas moralmente íntegras y, por lo tanto, aptas para la cooperación y la colaboración”.

⁴⁵ BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*, 1977, p. 31. Utilitaristas son liberales como MILL, *On Liberty*, 2002, p. 9, y VON MISES, *Liberalism*, 2005, pp. 34 ss. No obstante, tampoco el utilitarismo es una teoría monolítica. Frente al original utilitarismo “del acto” – consecuencialismo directo en el que el deber de actuar está vinculado a la producción de la máxima utilidad neta esperable –, la versión actualmente más difundida – el utilitarismo “de la regla” – es una modalidad de consecuencialismo indirecto en la que la máxima utilidad neta esperable que determina el carácter obligatorio del acto se calcula a partir de la consideración no sólo de la situación del agente, sino del conjunto completo de “prescripciones ideales para su comunidad” que es objeto de un esfuerzo consciente de obediencia por parte de los miembros de la comunidad (BRANDT, *Teoría ética*, 1994, pp. 438 ss.).

⁴⁶ Cfr. OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, «Teoría general de la pena», en MOLINA BLÁZQUEZ, (Coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, 2005, pp. 37 ss.

⁴⁷ BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, pp. 170 ss., aunque antes se manifestaba ya en esta línea BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2002, pp. 45 ss. y 111 ss.

⁴⁸ Expresamente en el caso de VON MISES, *Liberalism*, 2005, pp. 34 ss.

juzga compatible con la justificación utilitarista)⁴⁹. En esta línea, destaca en España la fundamentación de la prevención general negativa de la pena en una teoría liberal que presenta ALCÁCER GUIRAO, quien acoge el utilitarismo para afirmar el carácter instrumental de la pena como recurso para proteger los intereses personales de todos⁵⁰.

No obstante, como señala MIR PUIG, junto con esta corriente preventivista, existe una segunda dirección liberal que defiende la limitación de la pena a la pura realización de la justicia⁵¹.

El ejemplo paradigmático de esta posición es la teoría de la pena esbozada por KANT en la *Metafísica de las Costumbres*: “La pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real”⁵².

Esta doctrina, arquetipo de la teoría absoluta, concibe la pena como ineludible reacción frente al delito, impuesta en virtud de un imperativo categórico: el reo es penado porque ha delinquido. Se desprende la pena de cualquier consideración utilitaria; su ejecución es una exigencia de la justicia, que deja de serlo cuando se entrega por algún precio, aun cuando sea la felicidad o utilidad social.

MIR PUIG ubica también a HEGEL en esta corriente de liberalismo retributivo⁵³, opinión que resulta, a mi juicio, controvertible.

Es cierto que la teoría de la pena de HEGEL presenta rasgos de retribucionismo al proclamar que “la lesión que afecta al delincuente no es sólo justa en sí; por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su derecho” o cuando señala que “al considerar que la pena contiene su propio derecho, se honra al delincuente como un ser racional”. No obstante, en tanto que concibe el delito como lesión del derecho en cuanto derecho y la pena como eliminación del delito, se aprecia en la teoría de HEGEL el esquema dialéctico que define su pensamiento: tesis (el derecho), antítesis (el delito) y síntesis (negación del delito, restitución de la vigencia del derecho)⁵⁴. Con esta idea, la concepción hegeliana se acerca a la prevención general positiva y, en particular, a la versión de JAKOBS, como este mismo afirma⁵⁵. Pero, además, es ciertamente debatible la calificación de HEGEL como filósofo liberal; sin ir más lejos, al hilo de la exposición de su teoría de la pena, señala que el Estado no tiene como “esencia sustancial” la protección y seguridad de la vida y la propiedad de los individuos singulares, sino que, por el contrario, el propio Estado es “lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio”⁵⁶. Son apreciaciones no ocasionales en la obra de HEGEL, que resultan conflictivas con el pensamiento liberal.

Sin pretensión de terciar en la disputa acerca de la preeminencia en las filas liberales de una u otra posición, parece obligado apuntar, como ha señalado HUSAK, que resulta llamativa la

⁴⁹HART, *Punishment and Responsibility*, 2008, pp. 7 ss.

⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, pp. 365 ss., y *ADPCP*, 1999, pp. 177 ss.

⁵¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, 1976, p. 63, y *Función de la pena*, 1982, pp. 25 ss. También, DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *RDPC*, 1995, p. 848.

⁵² KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 1999, p. 166.

⁵³ MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982, pp. 25 ss.

⁵⁴ HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, 1999, pp. 185 ss.

⁵⁵ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, pp. 22 ss. Y como el propio MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, p. 37, apunta.

⁵⁶ HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, 1999, p. 188.

asociación entre el liberalismo (que, como se ha indicado, se caracteriza por identificar al individuo como la unidad política básica) y la tradición utilitarista, cuya preocupación última, como evidencia la aplicación que BENTHAM realiza en este ámbito del principio de utilidad, radica en el colectivo⁵⁷. En particular, resulta difícil justificar la construcción de la idea de la máxima felicidad del mayor número a partir de la explícita aceptación por los individuos de una pluralidad de fines y valores⁵⁸.

Así mismo, no debe tampoco olvidarse el rechazo del libertarianismo a las teorías de la pena de raíz utilitarista en la convicción de que ningún bien común –ni la mayor felicidad de la comunidad– puede imponerse sobre la libertad personal. Se trata de una reprobación relevante, porque, aun cuando es posible defender que el libertarianismo constituye hoy en día una teoría normativa tan alejada del liberalismo que resulta conveniente su tratamiento separado⁵⁹, existe un vínculo evidente entre el credo libertario y el liberalismo clásico (del que, en buena medida, emerge aquél⁶⁰) que se plasma en rasgos compartidos como la atribución a la libertad de la máxima jerarquía entre los valores o la propuesta de un Estado reducido. Pues bien, aun cuando algunos modelos libertarios conducen al abolicionismo (en particular, aquéllos que conciben la libertad como un derecho natural preexistente al Estado, en los que el rechazo a cualquier intervención estatal limitativa de la libertad suele abocar a proclamar la suficiencia de los medios privados de restitución como respuesta a la infracción⁶¹), otras posiciones libertarias proponen una reducción máxima en la criminalización de conductas, a partir de una justificación de carácter retributivo⁶².

De este modo, la asociación entre el liberalismo y el retribucionismo no es casual ni extravagante, ya que el énfasis en la autonomía y responsabilidad personal se asocian bien con un pensamiento retributivo de raíz kantiana que apunta al “derecho” del sujeto racional a ser tratado racionalmente y, en consecuencia, a ser penado en atención a sus actos y no como medio para un fin.

⁵⁷ HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, 1987, p. 241. Cfr., a este respecto, el análisis de SPENCER, *The Man versus the State*, 1960, pp. 10 ss., sobre la tendencia del liberalismo a abandonar sus postulados básicos cuando se sitúa como objetivo de acción política la obtención de un fin “bueno” en sí, sin tomar en consideración la coacción necesaria para lograrlo. Vid. también SANDEL, «Introduction», en SANDEL (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, pp. 2 ss. De hecho, los más conspicuos defensores de acomodar el Derecho penal a las exigencias del Estado social asocian expresamente este último con una fundamentación utilitarista de aquél (cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 101).

⁵⁸ A este respecto, seguramente, cuando VON MISES, *Liberalism*, 2005, pp. xxii, invoca las máximas utilitaristas para reforzar su postulado de que el liberalismo persigue el bienestar del conjunto de ciudadanos, alude a la “felicidad” como satisfacción de necesidades materiales, criterio que no es adecuado en un ámbito como el penal que conforma un escenario de conflictos entre bienes que no siempre tienen una naturaleza estrictamente material.

⁵⁹ Así lo hace FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, pp. 156 ss. Por el contrario, ETZIONI, *La nueva regla de oro*, 1999, pp. 38 ss., los aborda conjuntamente, dentro de lo que denomina pensamiento “individualista”.

⁶⁰ ROTHBARD, *For a new liberty*, 2012, pp. 1 ss.

⁶¹ ROTHBARD, *For a new liberty*, 2012, p. 55. También el anarquismo está asociado al abolicionismo, si bien no recurre a los medios privados de restitución sino a la autogestión por el grupo social de la solución del conflicto (DELMAS-MARTY, *Modelos actuales*, 1986, p. 31).

⁶² NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 2013, p. 31. Vid. también NOZICK, *Philosophical explanations*, 1981, pp. 363 ss., para una explicación de las condiciones de posibilidad de un retribucionismo no teleológico que tiene como razón fundamental la comunicación al reo del grado de injusticia o maldad de su acto y la conexión del reo con valores correctos (sin la pretensión adicional de que los incorpore en su comportamiento futuro). Cfr., no obstante, la opinión de PAREDES CASTAÑÓN, «Teoría política libertaria y política criminal», en SILVA SÁNCHEZ ET AL, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 189.

3.2. La legitimación del Derecho penal y de la pena en el comunitarismo.

La caracterización general del comunitarismo es también controvertida. En sentido restringido, el credo comunitarista surge como modulación del concepto liberal de individuo y puede calificarse, sin tergiversar su propósito, como una variedad crítica del liberalismo. Expresivas al respecto son la referencia de GOODWIN que, en gran medida, liberalismo y comunitarismo “luchan en el mismo lado”⁶³, la inclusión por parte de JACOBS del republicanismo de BRAITHWAITE y PETTIT –próximo al comunitarismo⁶⁴– como una clase más (“*republican liberalism*”) de su taxonomía del liberalismo⁶⁵ o la propuesta de legitimación del Derecho penal formulada por DUFF, que el propio autor califica como “*liberal communitarianism*”⁶⁶.

Ahora bien, si, como es habitual en el debate académico, se postula que el fundamento del modelo comunitarista radica en la afirmación de la constitución social del individuo⁶⁷, en la necesidad de un orden social denso conformado por valores compartidos⁶⁸, en la definición de la comunidad como único espacio en el que cabe adquirir identidad individual⁶⁹ o en la relevancia de objetivos comunes (más allá de la agregación de fines individuales) para la justificación de una organización política⁷⁰, comunitaristas en sentido amplio son también el conservadurismo basado en la tradición de valores comunes⁷¹, el marxismo, el sustancialismo hegeliano⁷² y las concepciones sistémicas de lo social, en tanto que defienden un orden social intenso y extenso y una noción de ciudadano vertebrada en torno a valores compartidos y definida por la pertenencia a la comunidad.

Es llamativo que MIR PUIG, en el marco de su crítica a la política criminal contemporánea, identifique como condición de esa política la división de la ciudadanía en clases (ciudadanos honrados *vs* delincuentes), caracterice como uno de sus principales rasgos negativos su vocación “declaradamente expansiva” y, sin embargo, conecte de forma reiterada esta política con el “neoliberalismo” del que además precisa que exige “un Estado mínimo en la intervención económica”⁷³. Sin cuestionar el diagnóstico de MIR PUIG, creo que la segmentación de la ciudadanía en “ciudadanos” frente a

⁶³ GOODWIN, *Using political ideas*, 2004, p. 62.

⁶⁴ Esta proximidad se evidencia, fundamentalmente, en que el concepto de “libertad republicana” (*dominion*) central para esta teoría consiste en un estatus que sólo es accesible en comunidad (PETTIT/BRAITHWAITE, «Not Just Deserts, Even in Sentencing», *Current Issues in Criminal Justice*, (4-3), 1993, p. 227).

⁶⁵ Cfr. JACOBS, *Criminal Justice Ethics*, 2011, p. 179.

⁶⁶ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 42. Cfr. MAÑALICH RAFFO, «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del Derecho penal de Antony Duff», *Discusiones*, (17-1), 2016, pp. 181 ss.

⁶⁷ SANDEL, en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, p. 5, y DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 43.

⁶⁸ DEVLIN, *The enforcement of morals*, 2009, pp. 9 ss.; ETZIONI, *La nueva regla de oro*, 1999, pp. 25 ss., y GOODWIN, *Using political ideas*, 2004, p. 62.

⁶⁹ SANDEL, en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, p. 6, y MACINTYRE, «The Virtues, the Unity of a Human Life and the Concept of a Tradition», en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, pp. 142 ss. Como señala ETZIONI, *La nueva regla de oro*, 1999, p. 125, “los individuos nunca escriben en una pizarra en blanco. La comunidad los provee de historia, tradiciones y cultura, todo profundamente imbuido de valores”. Así, sólo en el seno de un orden social que presente cohesión, es realizable realmente la libertad (“autonomía”) del individuo.

⁷⁰ SANDEL, en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, p. 5, y DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 43.

⁷¹ DUFF, «¿Hacia una teoría del Derecho penal?», en BEADE/MARTÍ, (Ed.), *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, 2015, p. 25.

⁷² Cfr. TAYLOR, «Hegel: History and Politics», en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, pp. 188 ss.

⁷³ MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, p. 21.

“delinquentes” o “enemigos” es más propia de un pensamiento comunitarista (en el que se espera del individuo que asimile una opinión específica sobre lo que es “bueno” y una concepción concreta de virtud cívica) que de un programa liberal (ya clásico, ya “neo”)⁷⁴. Así mismo, entiendo que la expansión penal no está auspiciada precisamente por defensores de un Estado mínimo en el ámbito económico (basta con examinar las obras citadas de NOZICK o ROTHBARD), sino, por el contrario, por partidarios de un ideario comunitarista favorecedor de la tutela de bienes colectivos, por un lado, y de la proscripción de la manifestación de posiciones valorativas disidentes, por otro. La inflación del Derecho penal económico y la exacerbación en la incriminación de modalidades de escasa gravedad de los denominados “delitos de odio” (ejemplos palmarios de la expansión jurídico-penal) son difícilmente atribuibles a los *libertarian* partidarios de un Estado mínimo.

Pese a sus diferencias, se aprecia que las distintas clases de comunitarismo adoptan en el ámbito de la legitimación del Derecho penal una posición eminentemente preventivista, pues contemplan el fenómeno criminal como un obstáculo al desarrollo de la comunidad cuya erradicación -o, al menos, disminución- constituye la finalidad principal de la pena⁷⁵. Y, dentro de este marco general, se advierte cierta preeminencia, aunque no en todas las manifestaciones del comunitarismo, de un conjunto de rasgos próximos a la prevención general positiva:

- a) Así, es frecuente que el comunitarismo se asocie a un perfeccionismo que aprueba el Derecho penal como vía para la mejora y educación moral de los ciudadanos. Asume así la pena un fin ético-social, de moralización de costumbres⁷⁶, que enlaza tanto con la idea hegeliana de comunidad ética como con una prevención especial correccional en la ejecución de la pena⁷⁷. Este perfeccionismo no entraña la negación de la existencia de una pluralidad social de valores, pero propugna una restricción de la libertad a fin de conseguir

⁷⁴ Puede verse, así, la distinción entre autores ocasionales y delinquentes por estado que realiza WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1987, p. 18, a partir de criterios comunitaristas. De hecho, como señala FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, pp. 172 ss., es en el comunitarismo donde se ha abierto paso el Derecho penal del enemigo, entendiéndose por tal a quien no forma parte de la comunidad, se sitúa fuera del sistema y respecto del que, por tanto, no existen las mismas obligaciones (JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 36 ss.). Cfr. al respecto DEMETRIO CRESPO, *RGDP*, 2006, p. 6; GARCÍA AMADO, «El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 907 ss.; BASTIDA FREIXEDO, «Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 296 ss.) y FERRÉ OLIVÉ, «Diversidad cultural y sistema penal», *Revista Penal*, (22), 2008, p. 35.

⁷⁵ BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, 2011, p. 52.

⁷⁶ Cfr. ETZIONI, *La nueva regla de oro*, 1999, pp. 177 ss., quien insiste, sin embargo, en que la regeneración moral debe preceder a la actuación legal que, aunque cumpla una función de educación, debe fundamentalmente expresar y reflejar valores de la comunidad. Ejemplo en España de una comprensión comunitarista del Derecho penal es la obra de LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 9ª ed., 2015, pp. 6 y 544, quienes atribuyen al Estado la función de “procurar el bien común temporal de los ciudadanos” y propugnan el recurso al Derecho Natural como “norma objetiva de fundamentación” valorativa del Derecho. Los autores (pp. 546 ss.) afirman que el Derecho penal debe desempeñar una función preventiva en sentido principalmente negativo (con la retribución como límite), pero no renuncian a incorporar elementos éticos y pedagógicos.

⁷⁷ Ejemplo de esta conexión es la pena adecuada a fin de VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, 1984, pp. 116 ss., quien, al precisar los sujetos para los que es adecuada una pena correccional, intimidatoria o neutralizadora acude a criterios de cariz comunitarista, y así describe a los delinquentes irrecuperables como “ejército de enemigos fundamentales del orden social” o insta a abordar el problema ocasionado por este tipo de delincuencia “bajo el prisma ético-social”. Cfr. también la conexión entre la idea de “tratamiento reeducador” y un “Derecho Penal Social” en MIR PUIG, *Introducción a las bases*, 1976, p. 122.

el “bien”, asumiendo un concepto de libertad positiva como actuación libre dirigida a un fin moral⁷⁸.

El “comunitarismo liberal” de DUFF ofrece en este punto una tesis intermedia que se aproxima al retribucionismo de NOZICK –postula la idea del carácter comunicativo de la sanción–, pero que se aleja de éste en cuanto no se conforma con que tal comunicación “conecte” al reo con valores correctos, sino que aspira adicionalmente a que el reo los incorpore en su comportamiento futuro; no, ciertamente, como resultado de una educación moral, pero sí de presentar el castigo como censura de su conducta⁷⁹.

- a) Aparece también en el comunitarismo una pretensión de empleo del Derecho penal como medio de integración social, de refuerzo de sentimientos de pertenencia o de restitución del clima emocional alterado por el delito⁸⁰ (versión esta última en la que, en alguna medida, se satisfacen sustitutivamente los instintos de agresión y venganza generados por la comisión del delito)⁸¹.
- b) Sin embargo, el ejemplo más exitoso de justificación preventivo-general positiva del Derecho penal a partir de presupuestos comunitaristas es, seguramente, el funcionalismo sistémico que, como es conocido, atribuye al Derecho penal la función de confirmar la identidad social mediante la contradicción comunicativa de la “contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad” en la que consiste el delito⁸².

Las premisas comunitaristas del pensamiento de JAKOBS son evidentes y, en todo caso, reconocidas por él mismo, con afirmaciones tan rotundas como “la subjetividad concreta siempre se desarrolla en una socialidad”, “la subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social”, “sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones empíricas de la subjetividad” o, finalmente, “sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres”⁸³. Aun cuando no es identificable con la confirmación

⁷⁸FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, p. 177.

⁷⁹DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 89 ss. *Vid.*, al respecto, los comentarios de MAÑALICH RAFFO, *Discusiones*, 2016, pp. 170 ss. En sentido similar, cabe citar la asignación de WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1987, p. 13, al Derecho penal de la misión de asegurar “la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo” a la que se añade la de “dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica”, despertando y reforzando en ellos (p. 327) “las tendencias útiles para la sociedad”. También, la alusión de CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 6ª ed., 2004, p. 16, a que el Derecho penal “ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia”. Aunque muy minoritarias, es posible también encontrar en las filas liberales opiniones que asocian a la retribución un elemento de educación moral en valores propios del liberalismo, tales como la libertad o la autonomía individual (HAMPTON, «Liberalism, retribution and criminality», en COLEMAN/BUCHANAN, (ed.), *In Harm's Way*, 1994, p. 175).

⁸⁰ *Vid.* la referencia de ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 1986, pp. 511 ss., a la pena como “restauradora de la tranquilidad” y – en la dirección perfeccionista antes citada – como factor que “reafirma y fortalece la moral social”.

⁸¹ Ecos de esta idea afloran en algunas presentaciones de la prevención general positiva, como en la afirmación de ACHENBACH, «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en SCHÜNEMANN, (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal*, 2012, p. 168, de que la prevención “integra la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza en un procedimiento regulado jurídicamente”.

⁸² JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, p. 18. Como ya se ha anticipado, en el funcionalismo sistémico sí hay coincidencia plena entre la función del Derecho penal y la función de la propia pena, que, como señala expresamente JAKOBS (p. 18.) “no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo”.

⁸³ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 30 ss. *Cfr.* ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1999, pp. 200 y 205 ss., y GARCÍA AMADO, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, 23, 2000, pp. 234 ss.

funcionalista de la identidad normativa del sistema, la atribución a la pena de la finalidad de aseguramiento por parte del reo (a la sociedad y a la víctima) del nivel de seguridad disfrutado antes de la comisión del delito (*reassurance*) aproxima el republicanismo de PETTIT y BRAITHWAITE a la prevención general positiva y es uno de los rasgos comunitaristas de su propuesta⁸⁴.

La crítica usual desde el bloque liberal es que, aunque con muy distinta intensidad en sus diferentes manifestaciones, la defensa de la prevención positiva a partir de presupuestos comunitaristas incurre en un riesgo cierto de confusión entre lo bueno y lo legal, lo descriptivo y lo normativo y, en definitiva, entre el respeto externo de las normas y la fidelidad interna a las mismas.

ALCÁCER GUIRAO trata de salvar al funcionalismo sistémico de esta objeción, aduciendo que, como por otra parte señala el propio JAKOBS⁸⁵, pretender la estabilización de la expectativa normativa no equivale a perseguir la estabilización de los valores incardinados en tales normas. Cabría, pues, según ALCÁCER GUIRAO, una presentación del funcionalismo más aproximada al liberalismo si se asocia la estabilización del sistema con la protección de la seguridad (seguridad cognitiva y no material, ya que no se protegen directamente los bienes jurídicos) como garantía de la libertad de los ciudadanos, precisando como objetivo del Derecho penal salvaguardar la expectativa de la actuación de terceros y no la asimilación de los valores por la colectividad⁸⁶. No obstante, sin perjuicio de la diferencia existente entre el funcionalismo sistémico y otras corrientes comunitaristas que postulan la prevención positiva, existen, a mi juicio, aspectos que lo alejan claramente del liberalismo⁸⁷, como el mismo JAKOBS indica⁸⁸.

4. Filosofía política y teoría de la criminalización.

Si se acepta la propuesta formulada en las primeras páginas, la teoría de la criminalización como segunda pieza de la Filosofía del Derecho penal, se ocuparía de determinar tanto las conductas que deben ser castigadas como la forma en que debe producirse el castigo. De hecho, la reflexión sobre la criminalización habría de constituir, a mi juicio, el elemento esencial de la disciplina, ya que, si bien la deliberación sobre la legitimación del Derecho penal debe preceder lógicamente, resulta más relevante materialmente debatir cuáles deben ser los bienes merecedores de protección bajo pena y, en concreto, qué conductas deben ser penadas y cuáles no⁸⁹.

El examen de esta cuestión no suele aparecer (al menos, no de forma expresa ni desde esta

⁸⁴ PETTIT/BRAITHWAITE, *Current Issues in Criminal Justice*, 1993, p. 237, y «The Three Rs of Republican Sentencing», *Current Issues in Criminal Justice*, (5-3), 1994, p. 319.

⁸⁵ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 36.

⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, pp. 426 ss. En línea similar, el análisis de PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, pp. 246 ss.

⁸⁷ Cfr. BASTIDA FREIXEDO, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, p. 296, y FEIJOO SÁNCHEZ, «El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, p. 812.

⁸⁸ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 30.

⁸⁹ ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, p. 547, habla de esta segunda como la “cuestión central” del Derecho penal. También HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, 1987, p. 224, destaca la importancia crucial de las decisiones de criminalización y su vinculación con la política, y MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 173, señala cómo dentro del “programa político-criminal” que se realiza a través de un Código Penal, uno de los “puntos básicos” es la “determinación de aquellos bienes que deben ser protegidos bajo pena”. Cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, 2000, pp. 22 y s.

perspectiva) en las obras generales de Derecho penal, seguramente por la convicción extendida de que está más allá de lo que interesa a los penalistas⁹⁰. En mi opinión, se trata, sin duda, de una materia que está más allá de lo que interesa a la Dogmática penal en general y a la teoría del delito, en particular, al menos si se entiende la Dogmática como una disciplina que persigue dar a conocer el sentido de las normas penales de forma organizada y, si es posible, sistemática. Ahora bien, ello no supone en modo alguno vetar al ciudadano que se dedica a la Dogmática la realización de una reflexión filosófico-política sobre la criminalización (que comprende, aunque va más allá, la crítica del Derecho). Supone, eso sí, precisar que cuando el dogmático propone o critica (no sólo con toda legitimidad, sino con la cualificación que presupone su singular conocimiento del Derecho penal) no hace Dogmática, sino otra cosa (filosofía del Derecho penal, según se sugiere en este trabajo)⁹¹.

Es cierto, no obstante, que, en algún modo, la revisión tradicional de los principios relativos a las condiciones que legitiman el ejercicio estatal de la potestad punitiva da respuesta a determinadas cuestiones claves de la teoría de la criminalización, pero usualmente se trata de respuestas que adolecen de una gran falta de concreción, como es natural, por otra parte, cuando los argumentos invocados se hallan en el terreno de las reglas fundamentales. De esa inconcreción consigue escapar en buena medida la investigación sobre los límites del *ius puniendi* que afectan al modo o la forma en la que se ha de intervenir, quizá por el respaldo constitucional expreso del que gozan algunos de estos principios, como el de legalidad o el de humanidad. Sin embargo, el análisis de los criterios relativos a la delimitación sustancial del Derecho penal (es decir, de los que persiguen una cierta determinación de las conductas respecto de las que hay que intervenir penalmente) aboca con frecuencia a orientaciones de carácter muy genérico como las ideas de necesidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, fragmentariedad o subsidiariedad⁹².

Naturalmente, en tanto que, por su falta de contenidos específicos, estos principios exigen un grado de compromiso reducido, su aceptación entre la doctrina resulta abrumadora, hasta el punto de que no hay prácticamente ninguna teorización sobre las características de la potestad punitiva en la que estén ausentes. De hecho, en algún momento puede surgir la sospecha de que, al menos en el nivel de los principios, el debate sobre la criminalización en sentido propio (sustancial o material, si se quiere) se considera resuelto directamente a través del sometimiento a un marco teórico (el constitucional y, en concreto, el derivado de la caracterización del Estado como un Estado social y democrático de derecho) del que resulta un “pensamiento único” jurídico-penal en el ámbito de la criminalización. Aun cuando esto resultara defendible de atender exclusivamente a fundamentos muy generales de la criminalización, debe enfatizarse que, al igual que el marco constitucional posibilita una pluralidad de políticas inspiradas en distintas teorías políticas normativas, son también factibles dentro del marco constitucional

⁹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, 15ª ed., 1992, p. 38, señalan rotundamente que “el jurista no cuenta entre sus tareas la de construir los fundamentos últimos de su disciplina”.

⁹¹ O una “teoría crítica del Derecho penal y su desarrollo” como la describe KUHLEN, «La autocomprensión de la Ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo (Comentario)», en MUÑOZ CONDE, (Coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 67.

⁹² Que, en no pocas ocasiones, se consideran auténticas “fórmulas vacías”. *Cfr.*, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, p. 540.

diversas teorías de criminalización inspiradas en las referidas teorías políticas⁹³. Estas últimas no sólo presentan, como ya se ha visto, una variedad de razones de justificación del uso del poder punitivo y, por tanto, de teorías de la pena, sino que ofrecen pautas relevantes a efectos de construir diferentes teorías de la criminalización⁹⁴.

A ello se añade que el propósito que guía la formulación de tales principios es, como se ha indicado, la fijación de fronteras a la potestad punitiva del Estado, mientras que, como señala DUFF, una teoría de la criminalización completa no debe contentarse con atender a la definición de los límites del Derecho penal, sino que deba asumir también como objetivo “la identificación de las razones positivas por las cuales se criminaliza determinada conducta”⁹⁵.

El esfuerzo en la construcción de estas teorías de la criminalización, con indicación concreta de las teorías políticas normativas que les sirven de base, conduciría a buen seguro a dotar de un soporte teórico más sólido a las propuestas político-criminales, posibilitando explicaciones mejor fundadas sobre cuestiones clásicas como, por ejemplo, la conveniencia de relegar a ámbitos distintos al Derecho penal la respuesta estatal a determinadas conductas lesivas⁹⁶. De la misma manera, una teoría de estas características permitiría también ubicar correctamente argumentos como la oportunidad o la eficiencia económica de la persecución penal de ciertos comportamientos, que, pese a que con frecuencia juegan un papel clave en la decisión, suelen presentarse como criterios técnicos, cuando lo cierto es que a su consideración precede la afirmación de la legitimidad de criminalizar tales conductas⁹⁷, y esa afirmación sólo cabe realizarla a partir de una determinada idea previa sobre la legitimidad general de la intervención estatal en la vida de los ciudadanos.

A este respecto, el objetivo de este trabajo es, naturalmente, la descripción de marcos programáticos y no una construcción integral de un catálogo “liberal” o “comunitarista” de bienes acreedores de tutela penal ni de conductas merecedoras de sanción. Sin embargo, sí que parece posible identificar algunos criterios, figuras delictivas e instituciones que pueden servir como piedra de toque.

⁹³ En particular, si se tiene en consideración, como señala PRIETO SANCHÍS, «Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, pp. 470 ss., la ausencia en la Constitución de un catálogo concreto de bienes penalmente relevantes, así como de “una toma de postura acerca de cuándo procede la intervención penal”. Ello aboca necesariamente a una pluralidad de posibles respuestas que evoca con claridad y llaneza la propuesta de VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, 1984, p. 94, de que resulten penadas “aquellas acciones que, para tal pueblo, y en tal época, aparecen como perturbaciones de sus condiciones de vida”.

⁹⁴ Sin negar, pues, que puedan existir políticas criminales “totalitarias” y políticas criminales “democráticas” (como apuntan BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, 2011, pp. 22 ss., al hablar de las relaciones entre la “política general” y la “política criminal”, y DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *RDPC*, 1995, p. 846), habría que precisar que puede haber varias posiciones político-criminales totalitarias y varias posiciones político-criminales calificables como democráticas. En este sentido señala PAWLIK, «El delito, ¿lesión de un bien jurídico?», *InDret* 2/2016, p. 4, que las valoraciones subyacentes a los bienes jurídicos “no pueden desarrollarse a partir de la teoría del bien jurídico, pues tienen una naturaleza genuinamente política”.

⁹⁵ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 48.

⁹⁶ HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, 1987, p. 225.

⁹⁷ Cfr. sobre este punto BRANDÁRIZ GARCÍA, «La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas», *InDret*, (2), 2014, *passim*. Sobre las posibilidades de una legitimación de la intervención punitiva a partir de un criterio “no tecnocrático” de eficiencia, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, 2000, pp. 33 ss.

4.1. El liberalismo y la teoría de la criminalización.

En cuanto se refiere a la forma de la criminalización, la aceptación del pluralismo social, con las consecuentes diversidad y concurrencia de fines y valores de los individuos, conduce al liberalismo a una confianza crucial en el principio de legalidad, basada en la separación de lo legal frente a lo moralmente bueno (siempre objeto de discusión en una sociedad plural) y en la persecución de la seguridad jurídica⁹⁸. Desde este punto de vista, puede afirmarse que el principio de legalidad es la traducción evidente del liberalismo en relación con la “forma” que debe asumir el Derecho penal⁹⁹.

Conviene, no obstante, llamar la atención sobre la posibilidad de que esta defensa del principio de legalidad no resulte del todo compatible con el preventivismo utilitarista abundante en el pensamiento liberal. Por una parte, si se concibe la utilidad como un principio aplicable no sólo en el momento de elaboración de la ley, sino también en el momento de su aplicación, es evidente que pueden producirse situaciones en las que el favorecimiento del bien de la sociedad derive no del cumplimiento de la ley, sino precisamente de su incumplimiento¹⁰⁰. Ello llevaría, en un marco utilitarista consistente, a la prevalencia del principio de oportunidad sobre el de legalidad¹⁰¹. De hecho, aun postulando que la valoración utilitaria sólo es pertinente en el momento de creación de la legislación, no es posible escapar por completo a consideraciones utilitaristas en el momento de la aplicación de la ley penal, pues ciertas instituciones incorporadas ubicuamente a los ordenamientos penales, como el estado de necesidad justificante, constituyen en rigor excepciones a la aplicación de la ley general basadas en un criterio utilitarista¹⁰².

Desde el punto de vista del contenido material, la criminalización en un Derecho penal liberal parte como premisa normativa de la primacía de la libertad individual en sentido “negativo”, esto es, de la libertad de desarrollar la propia actividad sin interferencia por parte del Estado o de los demás¹⁰³. En las versiones próximas al libertarianismo, esta preeminencia de la libertad individual suele ir asociada a su fijación como criterio único de decisión política frente a valores como la justicia o la seguridad cuya promoción implica frecuentemente una restricción de aquélla. Ello no es, no obstante, imprescindible en una teoría liberal de la criminalización; precisamente, la evidencia de que no es posible una conciliación plena de estos (y otros) valores puede conducir a defender el pluralismo como modelo más razonable de organización social y, como consecuencia, a postular la existencia del máximo ámbito posible de libertad “negativa” para que cada individuo pueda perseguir los fines que él mismo elija y pueda priorizar según su criterio los valores a los que ajusta su comportamiento, como fundamento principal y condición

⁹⁸ BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, 2011, p. 47.

⁹⁹ HASSEMER, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, 1999, p. 24; DELMAS-MARTY, *Modelos actuales*, 1986, pp. 27 ss., y DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *RDPC*, 1995, p. 848.

¹⁰⁰ FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, p. 165.

¹⁰¹ Mientras que algunos intentos de superar esta contradicción (en particular, cuando el incumplimiento de la ley viene asociado al castigo del inocente) se fundan en una tesis principalmente verbal (el sentido en el que se usa el término “castigo” en este contexto), el argumento más sólido pasa por una reformulación del utilitarismo como utilitarismo “de la regla” - y no “del acto” - como la propuesta por BRANDT, *Teoría ética*, 1994, pp. 566 ss.

¹⁰² FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, p. 166, y MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP*, (LIII-1), 2000, pp. 191 s. Se puede realizar una consideración similar frente a instituciones como la suspensión de la ejecución de la pena o el indulto.

¹⁰³ BERLIN, *Liberty*, 2009, p. 169.

de posibilidad del referido pluralismo¹⁰⁴. Esta propuesta entraña, como reverso, la neutralidad del Estado respecto de las convicciones morales de los ciudadanos¹⁰⁵, esto es, respecto de lo que constituye el “bien” o una “vida buena”¹⁰⁶.

Como se ha indicado, la neutralidad estatal no es necesariamente corolario de un escepticismo moral, sino que constituye en sí misma una propuesta moral. Cabe articular el liberalismo, por tanto, como una filosofía política que, como señala NOZICK, sienta sus bases y fronteras en la filosofía moral¹⁰⁷.

Naturalmente, en una sociedad pluralista existen situaciones de conflicto provocadas por la diversidad de fines y de valores que guían la conducta de los individuos, lo que se traduce en la imposibilidad de afirmar un ámbito ilimitado de ejercicio de la libertad individual en el contexto de un grupo social organizado. En el liberalismo, la legitimidad material del Estado para intervenir en estas situaciones se asienta precisamente en la garantía para todos los ciudadanos de un nivel de ejercicio de la libertad individual superior al que resultaría de la ausencia de intervención (esto es, superior al que existiría en una suerte de “estado de naturaleza”), lo que exige la renuncia a un potencial ejercicio ilimitado de la propia autonomía privada a cambio de la fijación de un marco en el que se maximiza el ejercicio de tal libertad en las situaciones de conflicto con los otros¹⁰⁸.

Si el liberalismo postula la garantía del máximo ámbito posible de ejercicio de la libertad individual como fundamento de legitimidad del Estado, con particular intensidad reclama su operatividad como referencia esencial en la justificación del control jurídico penal, dada la intensidad de la injerencia estatal en la libertad individual de los ciudadanos característica de este último.

Cabría, de hecho, cuestionar la conveniencia de utilizar “control penal” para aludir al ejercicio de una potestad punitiva fundada en presupuestos liberales, toda vez que la referida expresión parece enfatizar el elemento restrictivo de la libertad individual en detrimento de otros aspectos como la tutela de su ejercicio frente a las intromisiones de terceros o la protección de la libertad del ciudadano frente al poder coactivo del Estado. No obstante, lo cierto es que la limitación de la libertad negativa inherente al término ‘control’ existe y se deriva efectivamente del ejercicio de la potestad punitiva, por lo que no se advierte el beneficio –más bien al contrario– de velar esta realidad mediante el empleo de eufemismos.

Como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, es la intensidad de la sanción penal –en concreto, de la privación de libertad– el factor que obliga a exigir especiales garantías en el ejercicio de la potestad punitiva¹⁰⁹.

De este modo, la intrusión del control jurídico penal en el ámbito de la libertad individual se produce no

¹⁰⁴ BERLIN, *Liberty*, 2009, p. 216.

¹⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 474.

¹⁰⁶ DWORKIN, en SANDEL, (ed.), *Liberalism and its critics*, 1994, pp. 142 ss.

¹⁰⁷ NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 2013, p. 6.

¹⁰⁸ Como ya expuso FREUD, *El malestar en la cultura y otros ensayos*, 1999, pp. 7 ss., el proceso cultural humano – y el mínimo orden social que éste comporta – entraña una renuncia a una satisfacción plena de los instintos plena a cambio de un marco propicio para la libre persecución de una satisfacción de los instintos relativamente amplia y, en todo caso, superior a la posible para todos en un estado de naturaleza “acultural”.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2001, pp. 167 ss.

sólo (ni principalmente) mediante las normas penales –sobre las que se instituye el control penal– sino a través de los instrumentos estatales que llevan a efecto la coacción expresada en tales normas, ya sean los cuerpos de seguridad interior del Estado, la jurisdicción penal o la administración penitenciaria¹¹⁰.

Esta conexión entre la maximización del ejercicio de la libertad individual y el control penal se manifiesta en un doble ámbito:

- a) Por una parte, abonando la reserva de la intervención punitiva para supuestos en los que la propia libertad individual o derechos individuales asociados a ésta se ven lesionados o puestos en peligro como resultado de conductas de terceros; el ataque a bienes y derechos – el *harm principle*, al que ya aludía hace siglo y medio MILL¹¹¹– constituye, pues, el criterio rector de criminalización de conductas en el liberalismo¹¹², lo que supone priorizar la lesión del bien jurídico como paradigma para la incriminación, en detrimento de alternativas como la infracción de deber y de figuras basadas en la pura voluntad infractora (como las tentativas imposibles). Por supuesto, afirmar que la producción de un daño a terceros es una razón relevante para criminalizar una conducta no implica que constituya una razón suficiente, ya que pueden existir costes morales y prácticos de la criminalización que justifiquen, incluso en presencia de un daño, no incriminar la conducta¹¹³.

Conviene precisar que la defensa del *harm principle* no puede fundarse en un entendimiento del “daño” de carácter empírico, como si el “daño a los otros” fuera un dato de la realidad. Esta presentación del principio puede llevar no sólo a convertirlo en una fórmula vacía (como ocurre con otros principios de limitación de la potestad punitiva), sino que oculta la realidad de que la consideración de un hecho como un daño susceptible de fundamentar una criminalización exige previamente un juicio de carácter moral y político¹¹⁴. El concepto del daño al otro, en los términos en los que fue formulado por MILL, no es un principio empírico, sino un criterio político y moral ligado a los de libertad, autonomía y dignidad antes señalados.

La consecuencia de asumir un principio de daño a terceros como el descrito es la exigencia de que los bienes de referencia se asienten en un sustrato fáctico funcionalmente vinculado con el ejercicio individual de la libertad y, en definitiva, la restricción de la tutela penal a los bienes jurídicos individuales de los ciudadanos¹¹⁵ o, en casos excepcionales, a bienes supraindividuales claramente delimitados y directamente reconducibles a bienes individuales (“funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos

¹¹⁰Vid. la distinción entre control penal y Derecho penal en ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª ed., 1993, p. 57, la referencia de WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, 1992, pp. 48 ss., a la aplicación judicial de la ley como medio de control social, así como ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2009, p. 23.

¹¹¹MILL, *On Liberty*, 2002, pp. 8 y 63 ss. La formulación de MILL es aún más ambiciosa, pues sitúa la prevención del daño a terceros no sólo como condición necesaria para la intervención penal, sino para el ejercicio de cualquier tipo de poder que interfiera la libertad de actuación del individuo.

¹¹²FEINBERG, *Harm to others*, 1984, p. 14, y ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, p. 473.

¹¹³FEINBERG, *Harm to others*, 1984, p. 10; SCHONSHECK, *On criminalization*, 1994, pp. 68 ss., y HAMPTON, en COLEMAN/BUCHANAN, (ed.), *In Harm's Way*, 1994, p. 159.

¹¹⁴FEINBERG, *Harm to others*, 1984, p. 32, y HUSAK, *Overcriminalization*, 2008, p. 71. Sobre la dificultad de precisión de este criterio, vid. ETZIONI, *La nueva regla de oro*, 1999, p. 41, así como la construcción de un principio complementario (*offense principle*) por parte de FEINBERG, *Offense to others*, 1985, pp. 25 ss., para examinar los supuestos en los que un individuo genera agravios y ofensas a otro difícilmente calificables como “daño”.

¹¹⁵ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, pp. 541 ss.

individuales”, en términos de HASSEMER¹¹⁶). Todo ello conduce al sometimiento de la decisión incriminadora a un principio de lesividad definido fundamentalmente en términos de lesión o puesta en peligro de bienes individuales.

Pero, además, la comprensión liberal del *harm principle* exige que el daño tenga trascendencia pública, excluyendo, por tanto, la sanción de daños causados en relaciones privadas entre sujetos autónomos (cabe pensar, por ejemplo, en quien copia a otro en un examen) y salvaguardando estos casos de la intrusión estatal¹¹⁷. Sin duda, es discutible fijar qué daños acontecen en relaciones privadas, autónomas y sin trascendencia pública como para ser objeto del Derecho penal, aunque la pauta general en el seno del liberalismo es caracterizar como daños públicos aquellos en los que la explicación de la conducta y la respuesta se deben dar frente al Estado. No obstante, como HUSAK reconoce¹¹⁸, esta condición resulta insuficiente sin el apoyo de una teoría sobre los intereses estatales¹¹⁹, lo que, de nuevo, remite la resolución al debate entre ideologías políticas.

Este criterio entraña también, por último, la proscripción de criterios paternalistas¹²⁰ y perfeccionistas en la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección penal. En un orden liberal, el proceso de criminalización debe reflejar valores morales¹²¹, pero ello no permite presumir que la inmoralidad de una conducta constituye por sí misma justificación para su incriminación¹²².

- b) Una política criminal liberal debe asimismo intentar garantizar el desenvolvimiento más libre posible del ciudadano en la persecución de sus fines, pretensión directamente conectada con la exigencia de máxima formalización asociada al control penal, que lo separa netamente de los medios informales de control social¹²³. Este segundo ámbito de actuación de la libertad individual en la legitimación de la potestad punitiva se concreta en las garantías que habitualmente se postulan como límites materiales del *ius puniendi* y que más que en la frontera –como sugiere el término ‘límite’– se hallan en el núcleo del Derecho penal. Algunos de estos principios de carácter sustantivo tienen una conexión particular con el pensamiento liberal: así ocurre, por ejemplo, con el de responsabilidad por el hecho,

¹¹⁶ HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *ADPCP*, (XLV-I), 1992, p. 248, y *Persona, Mundo y Responsabilidad*, 1999, p. 69.

¹¹⁷ JACOBS, *Criminal Justice Ethics*, 2011, p. 183.

¹¹⁸ HUSAK, «Convergent ends, divergent means», *Criminal Justice Ethics*, (28-1), 2009, pp. 121 ss.

¹¹⁹ *Cfr.* el elenco de posibles principios de interés que ofrece SCHONSHECK, *On criminalization*, 1994, pp. 66 ss., en el seno de su teoría de la filtración (*filtering*) como procedimiento de decisión para la criminalización.

¹²⁰ *Vid.* MILL, *On Liberty*, 2002, pp. 9 ss.; SCHONSHECK, *On criminalization*, 1994, pp. 107 ss.; HUSAK, *Criminal Justice Ethics*, 2009, p. 126, y ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2009, p. 36.

¹²¹ PAREDES CASTAÑÓN, en SILVA SÁNCHEZ et al, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 180.

¹²² JACOBS, *Criminal Justice Ethics*, 2011, p. 182, y SCHONSHECK, *On criminalization*, 1994, p. 12.

¹²³ HASSEMER, «La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en MUÑOZ CONDE, (Coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 49. La vinculación entre los procesos de desformalización del control penal moderno y su pérdida de legitimidad ha sido puesta de manifiesto por autores como ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000, pp. 483 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Tendencias del actual Derecho Penal», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2001, pp. 58 ss., y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2001, pp. 78 ss.

que encarna cabalmente el concepto del individuo como agente responsable que está en la base de la concepción liberal del ser humano como animal político¹²⁴.

Este doble fundamento –la prevención del daño de bienes jurídicos individuales y la formalización de la represión estatal– expresa el desempeño por parte del control penal de una doble labor de tutela de la libertad: si en cumplimiento de la primera protege la libertad del ciudadano en tanto que potencial víctima, la satisfacción de la segunda se traduce en la prevención del castigo excesivo y no formalizado del ciudadano en tanto que potencial delincuente. En palabras de FERRAJOLI, instituye un doble régimen de seguridad al objeto de posibilitar la protección de bienes jurídicos y, simultáneamente, la limitación de la intervención penal estatal al mínimo necesario¹²⁵.

Aunque no es infrecuente que la defensa del Derecho penal mínimo forme parte de una concepción política comunitarista, como señala SILVA SÁNCHEZ, “la pretensión de armonizar un Estado máximo y un Derecho penal mínimo constituye una *contradictio in terminis*. Aunque sólo fuera por un motivo: la inseguridad en cuanto a la percepción de las prestaciones (...) provenientes directa o indirectamente del Estado conduce a que se promueva la instrumentalización del Derecho penal para (pretendidamente) garantizarlas. (...) parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo pueda generarse en el marco de un Estado mínimo”¹²⁶.

Esta construcción liberal fija algunas pautas en las que debatir cómo sacrificar en el ámbito conflictivo por excelencia –el fenómeno criminal– la mínima libertad posible a fin de garantizar el mayor ámbito de libertad de todos¹²⁷. La razonabilidad del resultado de tal debate, entendiendo por tal su posibilidad de reconocimiento por los ciudadanos en atención a sus propios intereses y con abstracción de la posición que eventualmente puedan ocupar (ya la de potencial víctima, ya la de potencial delincuente), lo legitimarían desde la perspectiva de una política criminal liberal¹²⁸.

4.2. El comunitarismo y la teoría de la criminalización.

En la esfera de la criminalización las diferencias entre el liberalismo y el comunitarismo se plasman esencialmente en el terreno material. En el formal, por el contrario, las respectivas posiciones (al menos, si se toma como referencia la versión moderada o restringida del comunitarismo) coinciden en la defensa del principio de legalidad penal como criterio irrenunciable para la determinación de la forma en la que ha de producirse la incriminación de

¹²⁴JACOBS, *Criminal Justice Ethics*, 2011, pp. 185 ss., quien destaca también cómo esta concepción del ser humano tiene no sólo relevancia como límite para la potestad punitiva del Estado, sino como objeción a la construcción de un Derecho penal en el que la condición de sujeto agente del ser humano resulte minada por interferencias de factores socioeconómicos en las decisiones sobre la responsabilidad penal de los individuos.

¹²⁵FERRAJOLI, «El Derecho penal mínimo», en *Poder y Control*, (0), 1986, pp. 28 ss.; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1998, pp. 103 ss. y 331 ss., y *El garantismo y la filosofía del derecho*, 2000, pp. 92 ss.

¹²⁶SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2001, p. 52, n. 22.

¹²⁷HASSEMER, *ADPCP*, (XLV-I), 1992, p. 237.

¹²⁸ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 1998, pp. 539 ss., quien evoca la necesidad de un acuerdo hipotético interpersonal de los ciudadanos, considerados como individuos racionales, que representaría los intereses de todo los implicados y que se alcanzaría bajo condiciones de equidad (satisfaciendo, en suma, las características de la posición original rawlsiana, cfr. RAWLS, *Political liberalism*, 2005, pp. 22 ss.).

conductas¹²⁹. Sin duda, el liberalismo puede reclamar para sí la consagración de este principio como postulado limitativo de la potestad punitiva del Estado y como garantía política de la libertad individual derivada del contrato social; no obstante, en la medida en que el comunitarismo (en particular, el ligado a la idea constitucional de Estado social) es, en buena medida, una construcción política superpuesta al Estado liberal de Derecho, ha asumido plenamente su vigencia y las garantías que el mismo comporta¹³⁰. Se aprecia, en cambio, mayor distancia en cuanto atañe a la dimensión sustantiva de la criminalización.

Así, mientras que el *harm principle*, como patrón de criminalización de conductas, juega en el liberalismo un papel limitativo de la amplitud de la incriminación (restringida, en principio, al daño a los bienes y derechos de otros individuos), el pensamiento comunitarista más extremado no es ajeno a la incorporación al Derecho positivo de la protección coactiva de las convicciones morales imperantes en la comunidad sin otro límite que la propia decisión del legislador.

De este modo, DEVLIN afirma la imposibilidad de fijar límites teóricos al poder estatal de legislar contra la inmoralidad, lo que resulta consistente con la atribución a la comunión de valores de una importancia crucial en la existencia y conservación de la sociedad¹³¹. La pretensión de imposición de este horizonte moral común –a veces trasunto de la moral de la mayoría y otras veces resultado de la suma de morales minoritarias–, unida a la atribución al Derecho penal de una función pedagógica, se manifiesta en el énfasis punitivo que el Derecho penal comunitarista dirige hacia los delitos impulsados por ciertos móviles particularmente despreciados o, incluso, a la propia expresión de opiniones morales divergentes¹³².

En su versión más moderada, no obstante, el comunitarismo no sugiere tanto una superación del *harm principle* cuanto una reformulación de su contenido, a fin de dar cabida dentro del ámbito de lo sancionado penalmente a comportamientos que afectan a otros elementos que, más allá de los bienes individuales¹³³, constituyen para el comunitarismo claves estructurales de una sociedad.

¹²⁹ Acerca de esta función del principio de legalidad como elemento de delimitación del ámbito competencial del poder legislativo (así como del ejecutivo y del judicial) en el tratamiento de cuestiones penales, *vid.* MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), 2017, pp. 10 ss.

¹³⁰ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 114 ss. En este punto es particularmente acertada la referencia – ya citada – de GOODWIN, *Using political ideas*, 2004, p. 62, a la proximidad entre el liberalismo y el comunitarismo (en su sentido restringido o moderado, próximo al pensamiento socialdemócrata europeo).

¹³¹ DEVLIN, *The enforcement of morals*, 2009, pp. 12 ss.

¹³² No obstante, no es correcto afirmar que ésta posición es propia de todo el comunitarismo penal: *vid.*, al respecto, la opinión de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 49, contraria a estos delitos, en tanto que “contradican la orientación social de la comunicación entre ciudadanos libres” y, en el mismo sentido, de PORTILLA CONTRERAS, «Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teoría de la justicia y bienes jurídicos colectivos», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 542.

¹³³ Las divergencias de énfasis entre liberalismo y comunitarismo en la tutela de la libertad y los bienes individuales no sólo se manifiestan cuando se considera el ataque a aquéllos como criterio de incriminación de conductas, sino también cuando su defensa fundamenta la justificación de una conducta. Así, en el pensamiento liberal se anuda la legítima defensa no sólo a la protección de intereses individuales, sino, sobre todo, al ejercicio de la autonomía y del propio derecho de autodeterminación, lo que comporta que decaigan las consideraciones de proporcionalidad a efectos de restringir la posible respuesta defensiva (*vid.* SCHOPP, «Self-defense», en COLEMAN/BUCHANAN, (ed.), *In Harm's Way*, 1994, pp. 266 ss.). En el seno del comunitarismo, por el contrario, encuentran el mayor eco las propuestas de restricción de la legítima defensa y así, por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 446, anuda la restricción de la legítima defensa al “paso del Estado liberal al Estado social” y al “realismo” propio de este último, que ve en el agresor una persona y no la mera negación del ordenamiento jurídico.

Uno de los principales campos de batalla del debate por la redefinición de este principio es la determinación de las circunstancias en las que puede apreciarse que un daño tiene “trascendencia pública” suficiente como para ser objeto de incriminación. Mientras que el liberalismo propugna un entendimiento restringido del ámbito de conductas individuales en las que la comunidad puede tener un interés legítimo, el comunitarismo tiende a extender el catálogo de intereses legítimos de la comunidad en las conductas lesivas, invocando criterios como la existencia de una condena y la exigencia de una respuesta por parte de la comunidad¹³⁴ o acudiendo al elemento “público” del daño para ligar éste no sólo a bienes individuales sino a la distribución social de tales bienes: en este sentido, PETTIT y BRAITHWAITE conectan el carácter público del daño no sólo con la afectación del “dominio” de la víctima, sino con la distribución general de dominio en la sociedad¹³⁵.

Quizá el ejemplo más notorio de esta perspectiva es la ampliación del *harm principle* hasta abarcar la tutela de bienes supraindividuales de forma independiente de su conexión mediata o inmediata con bienes individuales¹³⁶. Autores como CORCOY BIDASOLO cifran expresamente tal legitimidad en una consideración del individuo como ser social, lo que, a su juicio, obliga a una redefinición de la libertad que incluya aspectos como la seguridad y la confianza que están vinculados con la salvaguardia de ciertas expectativas sobre el comportamiento ajeno¹³⁷.

Para CORCOY BIDASOLO, la protección de bienes supraindividuales serviría precisamente a la protección de tales notas, y así señala expresamente que “los bienes jurídicos supraindividuales sirven a la persona a través de proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto partícipe de esa sociedad y a través de la protección de determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideran más débiles”¹³⁸.

Como ha señalado HASSEMER, el protagonismo de los bienes colectivos engarza con otra manifestación principal de la criminalización comunitarista, como es la generalización de los tipos de peligro abstracto¹³⁹. Si bien el pensamiento liberal acepta sin problemas la incriminación de conductas meramente peligrosas, lo hace siempre bajo la advertencia de que esta decisión puede expandir exponencialmente el ámbito de intervención estatal¹⁴⁰. El tipo de peligro

¹³⁴ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 60 ss., y en BEADE/MARTÍ, (Ed.), *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, 2015, p. 32.

¹³⁵ PETTIT/BRAITHWAITE, *Current Issues in Criminal Justice*, 1993, p. 230. Este argumento evidencia el carácter comunitarista del republicanismo, pese a que su justificación del Derecho penal es estructuralmente similar a la liberal: un argumento consecuencialista que atiende a maximizar la libertad republicana (*dominion*) en lugar de la libertad negativa (Cfr. BRAITHWAITE, «Republican Theory and Crime Control», en BUSSMAN/KARSTEDT, (ed.), *Social Dynamics of Crime and Control: New Theories for a World in Transition*, 2000, p. 90). Éste es también el sentido en el que, como señala DAGGER, «Republicanism and Crime», en BESSON/MARTÍ, *Legal Republicanism: national and international perspectives*, 2009, pp. 158 ss., la propuesta de DUFF puede, con ciertos matices, calificarse también como una teoría “republicana” de criminalización.

¹³⁶ Cfr., por ejemplo, las consideraciones al respecto de Díez RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, 2007, p. 122, en el contexto de su propuesta de un modelo penal “bienestarista”.

¹³⁷ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 183 ss., y «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG, (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, p. 30.

¹³⁸ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 208. En una línea similar, PORTILLA CONTRERAS, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, pp. 516 ss.

¹³⁹ HASSEMER, *ADPCP*, (XLV-I), 1992, pp. 241 ss.

¹⁴⁰ HUSAK, *Overcriminalization*, 2008, p. 159 ss.

abstracto -como instrumento por excelencia dirigido a la prevención de nuevos riesgos- supone la criminalización de conductas que, o no comportan necesariamente la producción de una efectiva puesta en peligro de bienes individuales, o bien generan un riesgo insuficiente como para justificar la intervención estatal¹⁴¹. Es, precisamente, la menguada lesividad de los tipos de peligro abstracto para los bienes individuales la que propicia la identificación de bienes supraindividuales (en muchos casos, con contornos muy difusos y de difícil precisión) como los afectados directamente por estos tipos¹⁴².

De hecho, de las filas comunitaristas surge la propuesta de tipificación de delitos acumulativos, en los que el efectivo peligro para el bien jurídico (que, en los ejemplos más significativos de esta clase de delitos, ya es un bien supraindividual) sólo es concebible mediante la acumulación teórica de un sinnúmero de acciones individuales insignificantes por sí solas¹⁴³. Se trata de supuestos en los que se extrema el alcance del principio de lesividad, llegando a resultar cuestionable si al sujeto realmente se le sanciona por su conducta y no, al menos, parcialmente, por la de terceros¹⁴⁴.

Debe señalarse que el replanteamiento comunitarista de la extensión del principio de lesividad no tiene sólo por objeto la revisión del tipo de bienes que deben ser penalmente tutelados y del grado de ataque a éstos que justifica la incriminación, sino que también se amplía a la evaluación de la clase de conductas que pueden legitimar la intervención penal. En este sentido, es indudable que, en la medida en que se sustentan en la imposición de deberes de comportamiento positivo a favor de intereses individuales de otros o de intereses colectivos, el comunitarismo está en la raíz de la creación de los delitos de omisión¹⁴⁵ y, en particular, de los delitos de omisión pura, a los que subyacen deberes generales de solidaridad o de colaboración con los poderes públicos¹⁴⁶. En todo caso, es un hecho que la legitimidad de la incriminación de la omisión ha terminado siendo aceptada por el liberalismo¹⁴⁷, aun cuando surjan discrepancias respecto de la equiparación de su punición a la de la comisión. No debe olvidarse, por otro lado, que ya MILL, en el origen del liberalismo, defendía la posibilidad de una compulsión para la realización de acciones beneficiosas para terceros, si bien advertía expresamente de la necesidad de obrar

¹⁴¹ Dando lugar a un Derecho penal calificable sin problemas como “antiliberal” (CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, 2006, p. 345).

¹⁴² HASSEMER, ADPCP, (XLV-I), 1992, p. 241, y MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001, pp. 480 ss.

¹⁴³ Así, SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, 1991, pp. 36 ss., y PORTILLA CONTRERAS, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, pp. 534 ss.

¹⁴⁴ MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos*, 2001, p. 492, y BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, 2017, pp. 124 ss.

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 146 y s., y BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, 2011, p. 51, en relación con el Estado “social” que es una de las posibles traducciones teórico-políticas del comunitarismo ético-político.

¹⁴⁶ Cfr. SEELMANN, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, pp. 73 ss. Del mismo modo, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, 15ª ed., 1992, p. 384, vinculan su origen con la transformación en deberes jurídicos de deberes morales que ya no son objeto de cumplimiento espontáneo como consecuencia de la “vida moderna” y la “consiguientes ruptura del hombre con su contorno que debilita la conciencia de aquellos deberes”, argumentos todos ellos de claro cariz comunitarista. En la misma línea, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, 2005, p. 34, define como delitos de omisión “los que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social”.

¹⁴⁷ FEINBERG, *Harm to others*, 1984, p. 186, quien, pese a todo, señala (p. 127) cómo se trata de situaciones generalmente no sancionadas penalmente en el ámbito anglosajón.

con cautela al establecer obligaciones de comportamiento, decisión que debía ser excepcional¹⁴⁸.

Por último, más allá de la reformulación del *harm principle* (incluso en términos tan amplios como los que derivan de la extensión a los delitos de peligro abstracto y a los cumulativos), se ubica la propuesta del funcionalismo sistémico, paradigma exitoso de un Derecho penal comunitarista que considera la tutela de bienes jurídicos como un subproducto de un Derecho penal que tiene por misión la confirmación de la identidad de la sociedad, la autoconfirmación de esta última¹⁴⁹. El principio de lesividad deja, por tanto, de constituir una pauta de criminalización, sustituida – en alguna medida – por la infracción de deber, concepción esta última que conecta, al fin y al cabo, con la existencia de instituciones previas que condicionan el *status* del sujeto, con una idea de comunidad homogénea y con la lesión de deberes de comportamiento solidario frente a otros¹⁵⁰.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES vincula así expresamente los delitos de infracción de deber con deberes positivos que pretende derivar del *neminem laedere*¹⁵¹ y que, a su juicio, tienen como cimiento una moral que contempla un concepto de libertad positiva que va más allá del liberalismo¹⁵².

En esta perspectiva, no hay dificultad en asumir algunas manifestaciones comunitaristas del Derecho penal como las expuestas: tal es el caso, por ejemplo, de los tipos de peligro abstracto, cuya justificación funcional deriva de que, al menos en algunos casos, forma parte de la identidad social la garantía de la expectativa de no tener que tomar en cuenta conductas que sólo de modo abstracto están referidas al resultado¹⁵³.

5. Conclusiones

La analogía estructural y el vínculo material apreciables entre la filosofía política y la filosofía del Derecho Penal se traducen en que a cualquier teoría sobre la existencia y legitimación del Derecho penal y a cualquier teoría de la criminalización subyace una teoría política –o, cuando menos, un conjunto de ideas políticas– de carácter sustantivo. El liberalismo y el comunitarismo constituyen en la actualidad los principales modelos teóricos que vertebran la discusión en este ámbito.

Así, en el argumento relativo a la legitimación del Derecho penal y de la propia pena, el liberalismo se debate entre una fundamentación preventiva asociada a una teoría ética de corte utilitarista y a una defensa tenaz del pluralismo social y un retribucionismo de raigambre kantiana que enfatiza valores como la autonomía y la responsabilidad personal y cuestiona las

¹⁴⁸ MILL, *On Liberty*, 2002, p. 9. Cfr. ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, p. 16, sobre la necesidad de especiales condiciones de legitimación para trasladar a los ciudadanos – y sólo de forma subsidiaria – los deberes positivos que corresponden originariamente al Estado.

¹⁴⁹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 18 ss.

¹⁵⁰ Como señala VORMBAUM, «El Derecho penal nacionalsocialista», en *Revista Penal*, (35), 2015, pp. 207 ss., en una versión extremada del comunitarismo (como la del Derecho penal nacionalsocialista), si la comunidad popular forma un organismo de hombres del mismo género, la comisión del delito permite presumir que el miembro de la comunidad se ha degenerado y, en esta medida, ha ofendido su deber social.

¹⁵¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 183 ss.

¹⁵² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 141.

¹⁵³ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 43 ss.

desviaciones colectivistas que en ocasiones acechan en las posiciones utilitaristas¹⁵⁴. Por su parte, el comunitarismo adopta una posición preventivista que advierte en el fenómeno criminal un obstáculo al desarrollo de la comunidad y en la que se acentúan elementos de prevención general positiva, con rasgos usuales de perfeccionismo social, atención al refuerzo de sentimientos de pertenencia y, en especial, de orientación a la confirmación de la identidad social como fundamento último del Derecho penal.

Por lo que respecta a la teoría de la criminalización, la diferencia entre liberalismo y comunitarismo se produce fundamentalmente en el terreno material, ya que ambas coinciden en la defensa del principio de legalidad penal como criterio formal irrenunciable para la incriminación de conductas.

En la dimensión sustantiva de la criminalización, por el contrario, el énfasis liberal en la primacía normativa de la libertad individual “negativa” conduce a ligar la legitimidad de la incriminación a la garantía para los ciudadanos de un nivel de ejercicio de la libertad individual superior al que resultaría de la ausencia de intervención. Así, se propugna un entendimiento limitado del principio de lesividad (*harm principle*) que restringe la intervención a los casos en los que la propia libertad individual o derechos individuales asociados a ésta se ven lesionados o puestos en peligro como resultado de conductas de terceros; con ello se prioriza la lesión del bien jurídico como paradigma para la incriminación, se condiciona la tutela de bienes supraindividuales a su conexión directa con bienes individuales y se proscriben criterios paternalistas y perfeccionistas en la selección de los bienes merecedores de protección penal. Así mismo, se postula mantener –o incluso robustecer– la formalización de la represión estatal y desarrollar una política criminal de vocación minimalista.

Por el contrario, el comunitarismo ampara una comprensión más amplia del principio de lesividad a fin de posibilitar la criminalización de conductas que afectan a los elementos que, más allá de los bienes individuales, constituyen claves estructurales de la sociedad. En este contexto, tiende a extender el catálogo de intereses penalmente protegidos no sólo a los bienes supraindividuales autónomamente considerados, sino a la distribución social de los bienes individuales. Como fenómeno asociado a éste, la criminalización comunitarista admite una generalización de los tipos de peligro (en concreto, de los de peligro abstracto) y, como manifestación aguda de esta tendencia, de delitos acumulativos. En algunas posiciones, se llega a abandonar el principio de lesividad como patrón de incriminación para acoger modelos fundados en la infracción de deber y, en los casos en los que se afirma la atribución al Derecho penal de una función pedagógica, se enfatiza la punición de conductas que constituyen expresión de opiniones morales divergentes, como ocurre con los delitos impulsados por móviles particularmente despreciados por la comunidad.

6. Bibliografía

ACHENBACH (2002), «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en SCHÜNEMANN

¹⁵⁴ Como expone MOLINA FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (LIII-1), 2000, pp. 193 ss., el conflicto entre estas posiciones se manifiesta también en términos más generales, como criterios alternativos de resolución de conflictos.

(comp.), *El sistema moderno del Derecho penal*, 2012, B de F, Buenos Aires, pp. 159 ss.

ALBRECHT (2000), «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, pp. 471-487.

ALCÁCER GUIRAO (1998), «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (LI), pp. 365-588.

————— (1999) «Facticidad y normatividad: Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (LII), pp. 177-226.

ANTÓN ONECA (1986), *Derecho penal*, Akal/Iure, Madrid.

ASHWORTH (2009), *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.

BARBERO SANTOS (1977), *Política y Derecho penal en España*, Tucur, Madrid.

BASTIDA FREIXEDO (2006), «Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, Edisofer, Madrid, pp. 277-304.

BAURMANN (1998), *El mercado de la virtud*, Gedisa, Barcelona.

BECCARIA (2002), *De los delitos y de las penas*, Folio, Barcelona.

BENTHAM (1789), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford.

BERLIN (2009), *Liberty*, Oxford University Press, Oxford.

BORJA JIMÉNEZ (2011), *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BRAITHWAITE (2000), «Republican Theory and Crime Control», en BUSSMAN/KARSTEDT (ed.), *Social Dynamics of Crime and Control: New Theories for a World in Transition*, Hart Publishing, Oxford, pp. 87-103.

BRANDÁRIZ GARCÍA (2014), «La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas», *InDret*, (2), pp. 1-27.

BRANDT (1994), *Teoría ética*, Alianza, Madrid.

BUENO ARÚS (2009), *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BUSTOS RUBIO (2017), *Delitos acumulativos*, 2017, Tirant lo Blanch, Valencia.

CANCIO MELIÁ (2006), «De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 341-382.

CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CORCOY BIDASOLO (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2007), «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de

- riesgos», en MIR PUIG (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, pp. 33-54.
- DAGGER (2009), «Republicanism and Crime», en BESSON/MARTÍ (coord.), *Legal Republicanism: national and international perspectives*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 147-166.
- DELMAS-MARTY (1986), *Modelos actuales de política criminal*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- DEL ROSAL FERNÁNDEZ (1959), *Derecho penal español*, Madrid.
- DEMETRIO CRESPO (2005), «El Derecho penal del enemigo darf nicht sein!», *Revista General de Derecho Penal*, (4), 2005, pp. 1-34.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA (1995), «Orden político y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 1995, pp. 841-856.
- DEVLIN (2009), *The enforcement of morals*, Liberty Fund, Indianapolis.
- DÍEZ RIPOLLÉS (2007), *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Buenos Aires.
- DUFF (2001), *Punishment, communication and community*, Oxford University Press, Oxford.
- (2015), «¿Hacia una teoría del Derecho penal?», en BEADE/MARTÍ (ed.), *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 17-68.
- DWORKIN (1994), «Liberalism», en SANDEL, M. (ed.), *Liberalism and its critics*, New York University Press, Nueva York, pp. 60-79.
- ETZIONI (1999), *La nueva regla de oro*, Paidós, Barcelona.
- FEIJOO SÁNCHEZ (2006), «El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, Edisofer, Madrid, pp. 799-844.
- FEINBERG (1984), *Harm to others*, Oxford University Press, Oxford.
- (1985), *Offense to others*, Oxford University Press, Oxford.
- FERRAJOLI (1986), «El Derecho penal mínimo», en *Poder y Control*, (0), pp. 25 ss.
- (1998), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- (2000), *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- FERRÉ OLIVÉ (2008), «Diversidad cultural y sistema penal», *Revista Penal*, (22), pp. 33-42.
- FLETCHER (2007), *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
- FREUD (1999), *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Alianza, Madrid.
- GARCÍA AMADO (2000), «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, (23), pp. 233-264.
- (2006), «El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs», en CANCIO

- MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 887-924.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2001), «Tendencias del actual Derecho Penal», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Uned, Madrid, pp. 39-60.
- GÓMEZ LANZ (2006), *La interpretación de la expresión 'en perjuicio de' en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, pp. 21-39.
- (2011), «La aproximación de la hermenéutica a la dogmática penal», *Icade*, (82), pp. 149-170.
- GOODWIN (2004), *Using political ideas*, J. Wiley & Sons, Chichester.
- HAMPTON (1994), «Liberalism, retribution and criminality», en COLEMAN/BUCHANAN (Ed.), *In Harm's Way*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 159-182.
- HART (2008), *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford.
- HASSEMER (1992), «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (XLV-I), pp.235-250.
- (1999), *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004), «La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en MUÑOZ CONDE (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 21-118.
- HAYEK (2001), *The road to serfdom*, Routledge, Nueva York.
- HEGEL (1999), *Principios de la filosofía del derecho*, Edhasa, Barcelona.
- HERRERO HERRERO (2007), *Política criminal integradora*, Dykinson, Madrid.
- HOBBS (1968), *Leviathan*, Penguin, Middlesex.
- HUSAK (1987), *Philosophy of Criminal Law*, Rowman & Littlefield, Nueva Jersey.
- (2008), *Overcriminalization*, Oxford University Press, Oxford.
- (2009), «Convergent ends, divergent means», *Criminal Justice Ethics*, (28-1), pp. 119-134.
- JACOBS (2011), «Criminal Justice and the Liberal Polity», *Criminal Justice Ethics*, (30-2), 2011, pp. 173-191.
- JAKOBS (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid.
- (1997), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid.
- (2003), «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Edisofer, Madrid, pp. 21-56.
- KANT (1999), *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid.

KUHLEN (2004), «La autocomprensión de la Ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo (Comentario)», en MUÑOZ CONDE (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 65 ss.

LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ (2015), *Derecho penal, parte general*, 9ª ed., Tecnos, Madrid.

LOCKE (1980), *Second Treatise of Government*, Hackett, Londres.

MASAVEU MASAVEU (1942), *Nueva dirección española en filosofía del Derecho penal*, Ministerio de Justicia, Madrid.

MACINTYRE (1994), «The Virtues, the Unity of a Human Life and the Concept of a Tradition», *Liberalism and its critics*, New York University Press, Nueva York, pp. 125-148.

MAÑALICH RAFFO (2016), «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del Derecho penal de Antony Duff», *Discusiones*, (17-1), pp. 167-219.

MENDOZA BUERGO (2001), *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada.

MILL (2002), *On Liberty*, Dover, Nueva York.

MIR PUIG (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

————— (1982), *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona.

————— (2011), *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid.

————— (2015), *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2000), «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (LIII-1), pp. 169-283.

MONTIEL (2017), «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), pp. 1-47.

NOZICK (1981), *Philosophical explanations*, Harvard University Press, Cambridge.

————— (2013), *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York.

OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ (2005), «Teoría general de la pena», en MOLINA BLÁZQUEZ (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, pp. 21-39.

PAREDES CASTAÑÓN (2017), «Teoría política libertaria y política criminal», en SILVA SÁNCHEZ et al, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Buenos Aires, pp. 179-191.

PAWLIK (2016), «El delito, ¿lesión de un bien jurídico?», *InDret*, (2), pp. 1-15.

PEÑARANDA RAMOS (2006), «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 231-265.

PETTIT/BRAITHWAITE (1993), «Not Just Deserts, Even in Sentencing», *Current Issues in Criminal Justice*, (4-3), pp. 225-239.

————— (1994) «The Three Rs of Republican Sentencing», *Current Issues in Criminal Justice*, (5-3), pp. 318-325.

PORTILLA CONTRERAS (2006), «Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teoría de la justicia y bienes jurídicos colectivos», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 489-546.

PRIETO SANCHÍS (2006), «Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 451-487.

RAWLS (2005), *Political liberalism*, Columbia University Press, New York.

ROBINSON (2012), *Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS (2013), «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, 4, pp. 1-21.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (1992), *Derecho penal. Parte general*, 15ª ed., Dykinson, Madrid.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid.

ROTHBARD (2012), *For a new liberty*, Ludwig von Mises Institute, Alabama.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

SANDEL (1994), «Introduction», en SANDEL (ed.), *Liberalism and its critics*, New York University Press, New York, pp. 1-14.

SCHONSHECK (1994), *On criminalization*, Kluwer, Dordrecht.

SCHOPP (1994), «Self-defense», en COLEMAN/BUCHANAN (Ed.), *In Harm's Way*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 255-289.

SEELMANN (2013), *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

SERRANO MAÍLLO (1999), *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, Dykinson, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.

————— (2000), *Política criminal y persona*, Ad-hoc, Buenos Aires.

————— (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid.

SPENCER (1960), *The Man versus the State*, The Caxton Printers, Idaho.

TAYLOR (1994), «Hegel: History and Politics», en SANDEL (ed.), *Liberalism and its critics*, New York University Press, Nueva York, pp. 177-199.

- TERRADILLOS BASOCO (1981), *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid.
- VON LISZT (1984), *La idea de fin en el Derecho penal*, Edeval, Valparaíso.
- VON MISES (2005), *Liberalism. The classical tradition*, Liberty Fund, Indianapolis.
- VORMBAUM (2015), «El Derecho penal nacionalsocialista», *Revista Penal*, (35), pp. 207 ss.
- WELZEL (1987), *Derecho penal alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- WRÓBLEWSKI (1992), *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht.
- ZIPF (1979), *Introducción a la Política Criminal*, Edersa, Madrid.
- ZUGALDÍA ESPINAR (1993), *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- ZÚÑIGA (2001), *Política Criminal*, Colex, Madrid.