

INJUSTICIA SOCIAL Y DERECHO PENAL: SOBRE LA ILEGITIMIDAD POLÍTICA DEL CASTIGO *

Javier Cigüela Sola

*Universitat Oberta de Catalunya
jciguela@uoc.edu*

RESUMEN. Una cosa es afirmar que un sujeto merece un castigo, otra que ese castigo es necesario para prevenir delitos futuros, y otra bien distinta que la instancia de imputación tiene la autoridad moral y/o política requerida para imponerlo. El presente artículo trata de analizar el modo en que las teorías de la pena, tradicionales y contemporáneas, han abordado la tercera cuestión, a la que nos referiremos como «problemática política del castigo»; en segundo lugar y en ese marco, trata de cuestionar la legitimidad del Estado para castigar a aquellas personas cuyos delitos están conectados a una injusticia que él mismo ha producido o tolerado. Analizada la cuestión en el nivel de la teoría de la pena, el artículo llama la atención sobre la necesidad de proponer una articulación dogmática para esa nueva forma de deslegitimación, concretamente a través de la noción de inexigibilidad.

Palabras clave: Injusticia social, exclusión, legitimidad política, retribución, prevención, inexigibilidad.

Social injustice and criminal law: on the political illegitimacy of punishment

ABSTRACT. It is one thing to affirm that a subject deserves a punishment, another that such punishment is necessary to prevent future crimes, and a very different one is that the instance of imputation has the moral and/or political authority required to impose it. This article tries to analyze the way in which theories of punishment, from the most traditional to the contemporary, have addressed the third question, which we will refer to as «political problem of punishment»; secondly and in such frame, it challenges the legitimacy of the State to punish those whose crimes are connected to an injustice produced or tolerated by the authority itself. Once the question has been analyzed at the level of the theory of punishment, the article calls attention to the need of articulating such a de-legitimation tool in the theory of crime, more specifically through the notion of unenforceability.

Keywords: social injustice, exclusion, political legitimacy, retribution, prevention, unenforceability.

* Fecha de recepción: 29 de mayo de 2018. Fecha de aceptación: 1 de abril de 2019.

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta sobre la legitimación de la pena se ha presentado históricamente como una sobre los fines de la pena, desarrollándose en la tensión entre dos cuestiones diferentes: la de si es retrospectivamente merecida, objeto de las teorías retributivas, y la de si es prospectivamente útil o necesaria, objeto de las preventivas¹. Cualquiera que asome la vista por la manualística penal al uso verá que la dialéctica entre ambas preguntas ha sido no solo el principal motor de una muy rica discusión, sino simultáneamente su límite. Así, leemos claramente en ROXIN que «la necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico-penal se da sin más con la existencia de culpabilidad»². Desarrollos más recientes de la discusión ponen en evidencia que este planteamiento no agota los problemas de legitimación que presenta el derecho penal en el mundo moderno —esto es, en las sociedades democráticas—, en la medida en que da por supuesto lo que aquí se describe como la dimensión política del castigo, esto es, el conjunto de condiciones sociopolíticas que ha de cumplir la instancia de imputación —en este caso el Estado— para poder ejercer su derecho a castigar de modo legítimo. Lo que DUFF ha llamado precondiciones de la responsabilidad penal, y SILVA SÁNCHEZ presupuestos sociopolíticos del castigo³.

El presente artículo trata de indagar en esa perspectiva, analizando los problemas jurídicos (también morales y políticos)⁴ que se aprecian en aquellos casos en los que el delito está conectado a un contexto de injusticia social —pobreza, marginalidad, discriminación— producida o tolerada por el propio Estado, en un sentido que permita cuestionar la legitimidad de su castigo aun cuando se trate de un comportamiento antijurídico y culpable. Sobre esa base, en primer lugar se explorará el lugar que ha ocupado la problemática política del castigo, y concretamente la injusticia social, en las teorías tradicionales de la pena (2); se analizará, en segundo lugar, el modo en que las recientes teorías de la ciudadanía penal han supuesto un cambio en el marco de discusión, en cierto modo politizando la teoría de la pena y permitiendo así una mayor problematización —todavía por explotar dogmáticamente— de la injusticia social (3); para cerrar, previa a la conclusión, con una llamada de atención sobre la necesidad de

¹ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, 1992: 179 y ss., 202 y ss. SEELMANN, 2008: 159 y ss., quien se refiere a ello como un fenómeno que ocurre especialmente a partir del fin del siglo XVIII; ORTIZ DE URBINA, 2017: 419 y ss., quien distingue además entre la discusión norteamericana y la continental.

² ROXIN, 1997: 792; JESCHECK (1993: 56 y ss.), por su parte, distingue la pregunta de la justificación de la pena respecto de la pregunta por su sentido o fines (retribución/prevención). Sin embargo, restringe la «justificación político-estatal de la pena» a la necesidad de un orden coactivo que mantenga el orden jurídico como «condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad». Ello no resuelve, en mi opinión, toda la problemática política de la pena, pues no se dice nada de qué condiciones ha de cumplir la instancia que debería mantener ese orden. Haciendo el mismo diagnóstico, y con múltiples referencias, ORTIZ DE URBINA, 2017: 421 (nota 7).

³ DUFF, 2001: 76 y ss., 195 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2013.

⁴ El presente trabajo parte de la idea de la «unidad del valor» desarrollada recientemente por DWORKIN (2011), según la cual no es posible separar los razonamientos y argumentaciones que realizamos en los planos de la moral, la política y el derecho. En lo que aquí respecta, ello implica que las argumentaciones sobre la legitimidad (jurídica) del castigo son permeables a lo que la moral y la política tienen que decir al respecto. Siguiendo a DWORKIN: PAWLIK, 2017: 78 y ss.

trasladar el problema político de la pena a la teoría del delito, concretamente a través de la construcción de un tipo de inexigibilidad referida no al sujeto imputado, sino a la instancia de imputación (4).

2. LA DIALÉCTICA ENTRE RETRIBUCIÓN-PREVENCIÓN Y EL PROBLEMA POLÍTICO DEL CASTIGO

Una cosa es afirmar que un sujeto merece un castigo, otra que ese castigo es necesario para prevenir delitos futuros, y otra bien distinta que la instancia de imputación tiene la autoridad moral y/o política requerida para imponerlo⁵. *Grosso modo*, la teoría retributiva se ha ocupado de la primera pregunta y la preventiva de la segunda. El objetivo en lo que sigue es describir el modo en que en ambos casos se ha encubierto la conexión con la tercera y última pregunta, obviando una serie de problemas de legitimidad —los que tienen que ver con la injusticia social perpetrada por el Estado contra el acusado— que aparecen de modo autónomo respecto de las cuestiones de merecimiento y utilidad.

2.1. La injusticia social y la legitimación retributiva del castigo

Para las teorías retributivas clásicas, la pena es legítima en la medida en que se impone a un sujeto que moralmente merece un castigo por sus actos culpables, y lo merece, en palabras de KANT, «tan solo porque ha delinquido»⁶. Esta forma de legitimación fue un avance histórico de racionalización del derecho penal, básicamente por dos logros que afectan a la teoría de la pena. El primero es la prohibición de instrumentalización del sujeto castigado para la consecución de fines distintos al propio castigo: en gran medida en contra de la cultura moral preilustrada, el ideal retributivo trató de superar la idea de la persecución penal como búsqueda de chivos expiatorios por el delito, cuyo castigo no sería proporcional a la maldad manifestada en su acto, sino al mal social que debía ser simbólicamente purgado, el cual, cómo no, tendía siempre a desbordar cualquier merecimiento individualizable⁷. El segundo avance es el alumbramiento de lo que hoy conocemos como causas de inimputabilidad. Si el fundamento del castigo es moral y tiene la forma de un reproche, el sujeto que lo padece ha de poseer determinadas capacidades morales: en ausencia de ellas no es legítimo hablar de reproche penal, de modo que la respuesta que se adopte respecto a la persona en cuestión tendrá que expresar algo distinto de la pena retributiva⁸.

⁵ COHEN, 2006. Sobre ello, DWORKIN, 2011: 311, quien distingue entre la cuestión de la capacidad (lo que sería la primera pregunta) de la cuestión de la justicia (que sería la tercera).

⁶ KANT, 2005 (or.: 1785): § 331, 166 y ss. Sobre ello, *vid.* DAN-COHEN, 2014. También SEELMANN, 2008: 163 y ss., quien relativiza la idea de que para KANT la legitimación del castigo se produzca tan solo a través de la idea del imperativo categórico.

⁷ HEGEL, 2000 (or.: 1820): § 100; KANT, 2005 (or.: 1785): 166 y ss. Se refieren a ello como el aspecto rescatable de la teoría retributiva, CID MOLINE y MORESO, 1991: 164. Sobre ello, en términos sociológicos, LIPOVETSKI, 2002: 174 y ss.

⁸ Sobre ello, GÜNTHER, 2005: 232-243; MOLINA FERNÁNDEZ, 2002: 72; sobre la relación entre la moral y el concepto de pena, KÖHLER, 1986: 67 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, 2016: 99 y ss.

No obstante, ese mismo principio de culpabilidad que contribuyó a deslegitimar los castigos desproporcionados y los que pudieran recaer sobre inimputables, ocultó la problemática de castigar a quienes sufren situaciones de injusticia social, pues: ¿cómo podía siquiera pensarse en deslegitimar el castigo del pobre, si para ello era menester asemejarlo al grupo de los idiotas, los locos y los niños, de los que HEGEL decía que no tenían la honra de ser considerados culpables?⁹. Además, si bien está claro que una vida en condiciones de miseria o de opresión afecta a las condiciones cognitivas y volitivas de quienes las padecen¹⁰, también lo es que resulta exagerado e incluso políticamente peligroso considerar a los excluidos como inimputables, como seres incapaces de llevar una vida moralmente significativa. Precisamente esa infantilización o despersonalización es lo que buscan, si pensamos en el ejemplo de los esclavos, aquellos que ejercen la opresión o se benefician de ella¹¹.

Por otra parte, si la perspectiva retributiva clásica contribuyó al desarrollado de las condiciones psíquicas internas que afectan a los requisitos de imputación —principalmente los trastornos psicológicos, en menor medida los volitivos—, lo cierto es que ha conducido a cierto olvido en lo que a las condiciones sociales y externas respecta: para la antropológica esencialista e individualista que ha dominado tal perspectiva¹², la observación de que la libertad está gradualmente sometida a presiones e irritaciones de origen social o externo fácilmente tendía a ser menospreciada o incluso negada¹³. En relación con la pobreza o la vulnerabilidad del acusado, el único factor de tal tipo capaz de cuestionar la legitimidad de la punición era la extrema necesidad tal y como aparece en la doctrina del hurto famélico o del derecho de necesidad hegeliano, el cual, como es bien sabido, estaba restringido a un peligro extremo y a un conflicto con la propiedad ajena, esto es, al caso típico de quien hurta para sobrevivir¹⁴. Dicha conducta estaba para HEGEL justificada, pero apenas resuelve un núcleo reducidísimo de los casos en los que el delincuente actúa precisamente motivado o influido por una situación injusta de la que es víctima. Sea como fuere, aquí estamos todavía en el plano

⁹ HEGEL, 2000 (or.: 1820): § 120. Sobre esa trampa, TORIO LÓPEZ, 1985: 300 y ss.: «El reconocimiento de tal capacidad agrava apriorísticamente al sujeto», en una concepción «dualista» en la que «es visible el dominio de la abstracción».

¹⁰ RAIZADA, RICHARDS, MELTZOFF y KUHLE, 2008: 1392-1401; HANEY, 2008: 871 y ss.; FALK, 1996: 774 y ss.

¹¹ Así, en la obra de ARISTÓTELES (2009: §§ 1253 y ss.), donde el esclavo aparece como «posesión animada» que «participa de la razón» solo «para reconocerla, pero no para poseerla». En contra de tal consideración, DWORKIN, 2011: 310 y ss.; TADROS, 2009: 413.

¹² Si atendemos, por ejemplo, a la antropología de HEGEL (2000, or.: 1820, §§ 5, 11, 12), en ella la voluntad aparece en un primer momento como pura indeterminación, y en un segundo momento como diferencia o determinación; ahora bien, la única determinación que contempla HEGEL es aquella que proviene de la propia naturaleza (§ 11: los instintos, las inclinaciones, etc.), o de la propia decisión (§ 12). La consideración de cómo afecta el contexto social a la individualidad no está ausente en la obra de HEGEL, pero hay que encontrarla en el plano de la sociedad civil, cuando habla del sistema de necesidades, y no en el de la moralidad o el derecho abstracto. Sobre ello, PÉREZ DEL VALLE, 2004; HONNETH (2014: 70 y ss.), quien demuestra que HEGEL no es tan esencialista como se suele admitir.

¹³ HUDSON (2000: 189 y ss., 194), quien defiende una concepción del derecho abierta a lo que otras ciencias puedan decir del agente y donde se preste «atención no solo a las igualdades formales entre sujetos legales abstractos, sino también a las desigualdades substanciales entre actores de carne y hueso»; GROVES y FRANK, 1986: 67 y ss.; NORRIE, 1998: 148 y ss. Crítico con las teorías retributivas del castigo, que juzgan tan solo la reprochabilidad moral de la acción, aislando esta de la posición que el sujeto tiene en el seno del Estado, BRETTSCHEIDER, 2007: 102; DELGADO, 2002: 11 y ss.

¹⁴ HEGEL, 2000 (or.: 1820): §§ 127 y ss. Sobre ello, CIGÜELA SOLA, 2019a: 36 y ss., 306 y ss.

de la primera pregunta —cómo afecta la pobreza o exclusión social al merecimiento—, pero no en el de la tercera.

En cierto modo, por tanto, el marco retributivo ha ocultado las situaciones de injusticia social bajo el velo de la exigencia de una *personalidad libre* en el sujeto culpable, exigencia que en su día supuso un gran avance dogmático —descubrió a la *persona* que hay detrás del *penado*—¹⁵, pero que a la postre y para los excluidos ha funcionado como una trampa: olvidó al *hombre o mujer particular* que hay detrás de la *persona*, contribuyendo a pasar por alto los problemas que la vulnerabilidad social o política presentan a la tarea de legitimar el castigo¹⁶. En palabras de JESCHECK: esta perspectiva «desconoce por completo que el hombre sea un ser débil, precisado de ayuda y frecuentemente maltratado; se le trata justamente, pero con extrema frialdad»¹⁷.

¿Es este olvido un defecto necesario de la teoría retributiva? Mi opinión es que no, y que hay al menos dos salidas posibles para dar respuesta a la problemática política desde el marco retributivo, tal y como se ha venido desarrollando más recientemente:

i) En primer lugar, podría conectarse la justicia retributiva con la exigencia de un reparto distributivo justo con carácter previo de los bienes, derechos y oportunidades que las normas protegen: así, la pena retributiva solo se legitima allá donde los miembros de una comunidad reciben una protección y un bienestar distributivamente justo, pues es virtualmente imposible generalizar normativamente «lo merecido» allá donde las posiciones jurídico-sociales son manifiestamente desiguales¹⁸. Dicho con un ejemplo: allá donde la seguridad no está garantizada de modo equitativo en los distintos barrios de la ciudad, la norma que sanciona la tenencia de armas o el exceso en la legítima defensa no puede afirmarse mediante penas retributivas, en la medida en que su vigencia aumenta la protección de unos a costa de disminuir la de otros¹⁹. Si bien este planteamiento no aparece explicitado en KANT, sí se puede adivinar en HEGEL, especialmente en las *Vorlesungen* de 1819-1820²⁰; la razón está, creo, en que este últi-

¹⁵ FOQUÉ, 2008: 220.

¹⁶ Precisamente RADBRUCH (1944: 218 y ss.) sostiene como mérito del «derecho penal social» el describir al hombre detrás de la persona tal y como estaba idealizada por el derecho penal ilustrado y liberal. Sobre ello, NORRIE, 1991: 11 y ss.; *id.*, 1998: 149 y ss. Acertadamente, tratando de salir de esa trampa, CID MOLINE y MORESO (1991: 171): «El castigo está justificado moralmente si y solo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo. Si las condiciones de vida de las personas de carne y hueso a las que el castigo debe aplicarse están tan alejadas de las condiciones establecidas por los seres noumenales que suscribirían el contrato hipotético, de forma que ya no es posible trazar entre ellas ninguna semejanza, el castigo no estaría justificado. Entonces, debería concluirse que el castigo no está justificado en muchos casos y esta no parece ser la conclusión que suelen extraer la mayoría de autores retribucionistas». La crítica clásica desde el marxismo, PASHUKANIS, 1978.

¹⁷ JESCHECK, 1993: 62.

¹⁸ Así, el planteamiento de MURPHY, 1973. Sobre ello, HUDSON, 2000: 192 y ss.; FOQUÉ, 2008: 216. Sobre la justicia distributiva y la exigencia de igualdad, RICOEUR, 1996: 209 y ss. RAWLS (1971: 315) se limita a decir que la justicia distributiva y la retributiva propia del derecho penal no son en absoluto opuestas, pero tampoco concreta en qué sentido se conectan.

¹⁹ MAÑALICH, 2013: 167-186, sostiene, desarrollando ideas de KANT, que allá donde las normas no son distributivamente justas (esto es, donde su vigencia es selectiva y no universalizable), la pena retributiva no puede legitimarse; en sentido similar, MELISSARIS, 2012: 158.

²⁰ HEGEL, 1983: 196, donde el filósofo alemán va más allá de lo que afirmó más adelante en su *Grundlinien*, cuestionando la legitimidad del Estado para castigar a quienes la pobreza excluye de la participación de

mo tenía una idea más clara de las prestaciones positivas que corresponden al Estado, precisamente aquellas que más tarde configurarían su carácter de Estado social.

ii) En segundo lugar, podría extraerse rendimiento teórico del aspecto moral del acto comunicativo que subyace a la pena. El reproche penal constituye una comunicación, y como toda comunicación implica como mínimo a dos partes: al emisor, en este caso la instancia de imputación o Estado; y al receptor, en este caso el sujeto pasivo del castigo²¹. Pues bien, es extraño el modo en que la perspectiva retributiva clásica solo ha tomado en consideración el estatuto moral del receptor —al que se le suponían capacidades volitivas y cognitivas—, y no ha hecho lo propio con el del emisor, como si su autoridad para juzgar o reprochar se diese por hecho o fuese de carácter incondicionado —eso se desprende precisamente de la obra de KANT, en cuya obra el *ius puniendi* aparece, en lo político, como un derecho absoluto o incondicionado del soberano—²². Esta perspectiva ha incurrido en el error que había denunciado ORTEGA, según el cual «se olvida demasiado que todo auténtico decir no solo dice algo, sino que lo dice *alguien a alguien*»²³. Así las cosas, como ha desarrollado COHEN²⁴, existen una serie de vicios morales que, en caso de incurrir en ellos el Estado, podrían contribuir a deslegitimar políticamente el castigo: entre ellos destacan los clásicos argumentos de la *hipocresía* (el que reprocha a otros lo que él mismo hace)²⁵ y de la *complicidad* (el que reprocha a otros algo de lo que él mismo es cómplice)²⁶, como también otros especialmente relevantes en la presente discusión, como el del *carácter selectivo* del reproche (el que reprocha a unos lo que tolera a otros)²⁷ o el *de su carácter contradictorio* (el que incurre en autocontradicciones al reprochar algo a alguien)²⁸.

Desde la perspectiva retributiva, por tanto, es posible deslegitimar el castigo de quien sufre una injusticia social, ya sea por la vía de conectar la justicia retributiva a determinadas precondiciones de justicia distributiva, o bien por la de analizar el estatuto moral de quien emite el acto comunicativo de reproche, en este caso el Estado. La

la vida ética de la comunidad: «El crimen bien puede ser castigado —sostiene—, pero el castigo será contingente». Sobre ello, CIGÜELA SOLA, 2019b.

²¹ Sobre ello, PRIMORATZ, 1989; MAÑALICH, 2011a: 60 y ss. HÖRNLE (2015: 17) sin embargo, pasa por alto la cuestión del «quién» emite el acto de comunicación, al afirmar que «lo único que hay que discutir es quién es el destinatario y cuál es el contenido».

²² KANT, 2005 (or.: 1785): 166 y ss. En el caso de HEGEL, 2000 (or.: 1820): § 99, la cuestión queda oculta bajo la consideración de que el castigo del delincuente es en realidad «su derecho» como ser racional. Si es así, el castigo aparece para el Estado como un deber, y en ese sentido las condiciones de legitimidad se desvanecen al no ser un derecho propio del Estado. Como se ha dicho, en obras anteriores la cuestión de la legitimidad política sí aparece al menos apuntada. En el mismo sentido, MOORE (1997: 88), para quien una de las características del castigo retributivo —al menos la versión fuerte que él defiende— es la de que aparece como un «deber» del propio Estado. Críticamente, BERMAN, 2014: 2 y ss. En la perspectiva más clásica, encontramos la cuestión brevemente tratada en la *Summa teológica* (Parte II-IIae - Cuestión 60) de SANTO TOMÁS DE AQUINO, donde viene a detectar el problema de la autoridad que juzga habiendo cometido los mismos o menores pecados, frente a lo que vendría a proponer, citando a SAN AGUSTÍN, una especie de compromiso mutuo de enmienda.

²³ ORTEGA Y GASSET, 2006: 42.

²⁴ En ese sentido, COHEN, 2006: 113 y ss.; RIVERA LÓPEZ, 2015: 173 y ss.; BEADE Y LORCA, 2017: 143 y ss.

²⁵ COHEN, 2006, 113 y ss.; DELGADO, 2012: 20; HARRIS, 2012: 133. Recientemente, en el ámbito continental, *vid.* KLESCZEWSKY, 1997: 152; SILVA SÁNCHEZ, 2013: 732; *id.*, 2018: 93 y ss.; SEELMANN, 2012a: 17; *id.*, 2012b: 218.

²⁶ TADROS, 2009: 408 y ss.; DWORKIN, 2011: 251; MELISSARIS, 2012: 157.

²⁷ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, 2002: 653 y ss.; SEELMANN, 2012a: 213 y ss.

²⁸ Sobre la contradicción en que incurre un Estado cuando castiga a quien ha sido previamente excluido, desde una perspectiva hegeliana, KLESCZEWSKY, 1997: 152.

formulación ya no sería, entonces, *legítimo es el castigo merecido*, sino: *legítimo es el castigo merecido impuesto por una autoridad en el legítimo uso de su derecho*²⁹.

2.2. La injusticia social y la legitimación preventiva del castigo

La legitimación preventiva también supuso un enorme avance para la racionalización del derecho penal, en cierto modo porque contribuyó a paliar los vicios que las concepciones retributivas idealistas llevaban implícitos, a saber: un exceso de contenido metafísico, una correlativa rigidez en lo relativo a hacer la institución del castigo permeable a las necesidades y las circunstancias sociales³⁰, como también una gran dificultad para racionalizar el contenido de «lo merecido»³¹. Sus logros originarios son bien conocidos, y entre ellos se cuentan, por atribuir los que asociamos según el tópico a BECCARIA, la reducción de la crueldad y el exceso de violencia de los sistemas penales por innecesarios, la crítica a la ideología de la venganza, la defensa del principio de legalidad y la seguridad jurídica en lo relativo a las leyes penales o la formalización del *ius puniendi*³². Más recientemente, esta perspectiva ha dado lugar a nuevas formas de deslegitimación y, por tanto, de contención del castigo penal. En cierto modo la teoría del bien jurídico y principios como los de insignificancia o ultima ratio constituyen límites al *ius puniendi* íntimamente conectados a la forma de pensar el castigo como una institución social de prevención, los cuales, además, han contribuido en buena medida a limitar la presión punitiva sobre las clases subalternas o excluidas³³.

En mi opinión, la dificultad para encontrar en el núcleo esencial de la legitimación preventiva razones para deslegitimar el castigo de la persona injustamente tratada por el Estado es aún mayor que en la teoría retributiva: desde el punto de vista de la necesidad preventiva, como ha destacado ROBINSON, el castigo de quienes se ven envueltos en contextos de injusticia social es incluso más necesario que en el resto de casos, en la medida en que es justamente su situación, habitualmente perenne y productora de

²⁹ Excluyo aquí la compleja cuestión —advertida acertadamente por RIVERA LÓPEZ (2015: 182)— de determinar qué hace falta para hablar de vicio moral o pérdida de la autoridad moral en relación a un ente complejo y colectivo como es el Estado, teniendo en cuenta que el defecto que se le atribuye puede afectar tan solo a algunas de sus funciones o radicar en tan solo algunas instituciones. Me parece que una tarea que está por realizar en teoría política es la de graduar la legitimidad de las instituciones, como también, ya en el seno de la ciencia penal, extraer consecuencias en relación a cómo afecta ello a la actividad punitiva.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ (1992: 15) alude a un aislamiento de la teoría retributiva respecto al «devenir social», y entiende la crisis del derecho penal retributivo como el producto de la «necesidad, sentida de modo general, de proceder a una legitimación del derecho penal que resulta inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma».

³¹ Así, SCHÜNEMANN, 2002: 327-343; CID MOLINE y MORESO, 1991: 170. De hecho, para HEGEL (2000, or.: 1820: § 96) esa determinación concreta resulta una cuestión secundaria y dependiente «del progreso de la cultura», en todo caso no intrínseca al concepto de delito y de pena.

³² SILVA SÁNCHEZ, 1992: 182 y ss., quien atribuye al proyecto utilitarista liberal (en tensión con garantías formales y materiales exteriores al mismo) la humanización del derecho penal durante los siglos XIX y XX; *vid.* también, CID MOLINE y MORESO, 1991: 161 y ss.; HARCOURT, 2013.

³³ No es que estas garantías estuvieran pensadas específicamente para estos grupos sociales, sino que en la medida en que afectaron positivamente al sistema penal en su conjunto, les afectaron a ellos —como *target* principal del sistema— más que al resto. Algunos autores sostienen, en algunos aspectos no sin parte de razón, que muchas de estas garantías han servido más bien para la despenalización de los delitos de los poderosos, *vid.* GRACIA MARTÍN, 2003: 172. Sobre estas cuestiones, PORTILLA CONTRERAS, 2006.

estereotipos sociales negativos, la que les hace parecer a ojos del Estado como más peligrosos y como más difíciles de rehabilitar (mayor necesidad, por tanto, de prevención general y especial)³⁴. Al entrar en contacto con una cultura intrínsecamente aporofóbica como la ilustrada³⁵, la cuestión se ve todavía más clara. Así, encontramos el famoso pasaje de BECCARIA acerca del hurto, en el que parece que en un primer momento va a plantear la abolición de la propiedad («terrible y acaso no necesario derecho», le llama), y al final acaba proponiendo, por razones utilitarias, «la esclavitud por cierto tiempo» para esa «clase infeliz de hombres» que hurta por «misericordia y desesperación»³⁶. Como también el representativo parágrafo de VON LISZT, padre de la moderna política criminal, en el que aparecen condensadas todas las variantes —morales, sociales e incluso culturales— de la problemática que trato de exponer:

La lucha contra la delincuencia habitual exige igualmente un conocimiento minucioso del que hoy todavía carecemos. Se trata solo de uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de enfermedad social que se suele designar sintéticamente con la denominación general de proletariado: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales. Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual.

Algo más adelante, en relación a la inocuización de estos delincuentes incorregibles:

La pena se cumpliría en régimen de comunidad y en establecimientos especiales (presidios de carácter disciplinario o de trabajos forzados). De este modo se establecería una «esclavitud penal» con la obligación de trabajar y muy posiblemente con la utilización de la fuerza de trabajo. Apenas podría prescindirse del castigo corporal como pena disciplinaria³⁷.

Uno no puede ser ajeno al contexto histórico-cultural en que esas afirmaciones se vierten. Me interesa aquí resaltar, no obstante, que en ambos casos se observa con claridad la dificultad de la teoría preventiva —al menos en sus versiones originales y más «puras»— para problematizar la relación entre injusticia social y legitimidad del castigo: no solo la pobreza o la discriminación no suponían un problema en términos del estatuto moral de la sociedad y el Estado para reprochar una conducta, sino que de hecho funcionaban como catalizadores de la necesidad preventiva, pues los pobres y otros marginados tendían a aparecer como sujetos peligrosos y por ello necesitados de disciplina penal³⁸. Ello en relación a la pregunta propia de la teoría preventiva, la de la necesidad/utilidad del castigo. En lo que respecta a la tercera pregunta —la autoridad moral/política de la instancia de imputación— la teoría preventiva no da respuesta alguna: si lo que mide la legitimidad de la pena es su eficacia futura en la tarea de prevenir delitos, entonces el «récord moral» pasado de la instancia de imputación deviene irrelevante³⁹. En cierto modo, dicho aspecto de la legitimidad aparece como una peti-

³⁴ ROBINSON, 2012: 54 y ss.; FOUCAULT, 2008: 102 y ss.

³⁵ Así, RAVALLION, 2016: 9 y ss.

³⁶ BECCARIA, 2008 (or.: 1764): 60. Sobre ello, MAÑALICH, 2013: 167-186.

³⁷ VON LISZT, 1995: 85 y ss.

³⁸ FOUCAULT, 2003; *id.*, 2009.

³⁹ RIVERA LÓPEZ (2015: 181): «Una teoría consecuencialista es, de hecho, reacia a incorporar consideraciones retrospectivas, tales como el récord moral de aquel que impone el castigo».

ción de principio política —el soberano tiene un derecho no argumentado a castigar— fundada en una petición de principio psicológico-social —la eficacia preventiva del castigo, liberada en la práctica de toda necesidad de demostración empírica—.

Así las cosas, la dificultad para relacionarse con la pregunta política del castigo por parte de la teoría preventiva puede superarse tan solo a través del acoplamiento de algún principio complementario externo: o bien de tipo retributivo, como hacen buena parte de las teorías de la prevención general positiva; o bien de tipo garantista, en el sentido de que una de las condiciones de la pena preventiva fuese el cumplimiento de determinadas garantías constitucionales, concretamente el principio de igualdad⁴⁰, cuya desatención por el Estado conduciría a la necesidad de ajustar la respuesta penal frente al desigual; o bien desde la propia teoría política, en tanto se deriven determinadas consecuencias prácticas de la idea del contrato social como forma de legitimación del castigo. De hecho, como ha destacado SEELMANN, el punto álgido en la tradición penal en cuanto al intento de legitimar políticamente la pena lo encontramos en el siglo XVIII, y concretamente en las diferentes variantes del contractualismo, tan criticadas por KANT y HEGEL, que entonces se formularon como complemento de las prestaciones preventivas⁴¹. En ellas, en síntesis, el derecho al castigo estatal se legitimaba políticamente en la medida en que se consideraba *transferido* o *cedido* por parte de los individuos mediante el contrato como condición para asegurar el orden social; como también, en otras variantes, en la medida en que el autor *habría consentido* a través del propio delito la pena que va aparejada a la infracción⁴².

Para el tema que nos ocupa y desde el punto de vista contractual, el consentimiento *prima facie* del delincuente en relación a su hipotético castigo podría verse anulado en aquellos supuestos en los que el propio Estado ha incumplido su parte del pacto —p. ej., como previó HOBBS, por no proporcionarle protección—⁴³, de modo que tras el hecho delictivo ambas partes quedarían en una situación precontractual o natural. El problema aquí es que la anulación hipotética del pacto supone algo así como lanzar una moneda al aire, pues o bien puede conducir a una reconstrucción del contrato —difícil tras el delito, más si este es grave y tiene víctimas particulares—, o bien puede dejar al delincuente en la intemperie social y convertirlo en enemigo, opción que, según sostiene SEELMANN, asemeja estos planteamientos a «las viejas teorías de la pérdida de la paz»⁴⁴. La idea de contrato social como modo de fundamentar políti-

⁴⁰ En ese sentido, por ejemplo, ALCÁZER GUIRAO (2002: 174): «La atribución de responsabilidad debe partir de, por decirlo así, las condiciones que permiten la interacción comunicativa, esto es, los factores *individuales* que permiten atribuir esa competencia y establecer el marco de igualdad frente a las posibilidades de acceso al mensaje normativo»; también, LASCURAIN (2016: 115 y ss.), quien alude a una «simetría material de los ciudadanos» como parte del edificio fundamentador del derecho penal; MIR PUIG, 2006: 106 y ss.

⁴¹ KANT, 2005 (or.: 1785): § 335, 171 y ss., quien consideraba la presunción contractualista de que «a la facultad de castigar tenga que subyacer la *promesa* del criminal de *querer* dejarse castigar» como un sofisma: el de considerar al criminal como su propio juez, y el de representar «como unidos en una y la misma persona la ejecución y el juicio jurídicos». El propio HEGEL (2000, or.: 1820: § 100-agregado), enemigo declarado de la idea del contrato, consideró sin embargo que la única correcta podría ser la que entiende que el delincuente otorga el consentimiento para la pena mediante su hecho.

⁴² SEELMANN, 2008. Sobre el contractualismo de RAWLS como modelo contemporáneo de fundamentación, CID MOLINE y MORESO, 1991: 165 y ss.

⁴³ HOBBS, 2010, or.: 1651: § 21.

⁴⁴ SEELMANN, 2008.

camente la pena, en todo caso, no pasó de ser una *metáfora* sin apenas consecuencias prácticas, en un sentido muy parecido a lo que viene ocurriendo, como enseguida se verá, con las actuales teorías de la ciudadanía.

Sea como fuere, la formulación (políticamente complementada) de una teoría de la prevención ya no sería *legítimo es el castigo preventivamente necesario*, sino: *legítimo es el castigo preventivamente necesario siempre que la autoridad que lo imponga haya cumplido con los términos del contrato social en virtud del cual ostenta dicho derecho* (o, en términos más contemporáneos: *siempre que respete los principios y garantías constitucionales*).

3. LA DIMENSIÓN POLÍTICA EN LAS RECIENTES TEORÍAS DE LEGITIMACIÓN DE LA PENA: EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

En la actualidad vivimos un auge de los intentos de politizar la teoría de la pena, esto es, de abrir dicha teoría a la tercera pregunta anunciada al comienzo. Son responsables de ese auge las diferentes teorías de la ciudadanía penal, esto es, aquellas que no solo exigen que el castigo sea socialmente útil o necesario y que el sujeto a quien se impone tenga determinadas capacidades morales, sino que además requieren entre dicho sujeto y el Estado la existencia de un vínculo —la ciudadanía— que funcionaría a modo de «momento político» de la legitimación. «Una teoría de la pena justa —sostiene KINDHÄUSER con claridad— es un elemento de una teoría política»⁴⁵. En la medida en que ya les dediqué un análisis crítico en otros lugares, a continuación tan solo las identificaré, sin entrar en excesivos detalles⁴⁶. Merece la pena resaltar que todas ellas tienen en común la idea de que la atribución de culpabilidad y la imposición de una pena por parte del Estado requieren una serie de precondiciones de tipo político, no reductibles a la idea del merecimiento moral ni de necesidad social, mientras que divergen precisamente en cuáles son esas precondiciones.

3.1. Ciudadanía y legitimación de la pena

Simplificando quizá en exceso, se puede distinguir entre tres grupos de teorías de la ciudadanía:

i) *Las teorías deliberativas*: trasladando los aspectos fundamentales de la teoría del discurso de HABERMAS —aunque en la estela de una tradición filosófica que va más

⁴⁵ KINDHÄUSER, 2011a: 11; GÜNTHER, 2005: 1 y ss., 245: «La culpabilidad jurídico-penal es “política” en un sentido enfático que surge de la idea de Estado democrático de Derecho»; también, MANALICH (2011b: 118) habla de la validez de la pretensión de fidelidad al derecho como una «pregunta política»; MIR PUIG, 2006; DUFF, 2015: 30: «Un derecho penal democrático no es algo que “ellos” (un soberano, una élite gobernante) nos impongan a “nosotros” como sus súbditos, ni algo que “nosotros” les imponamos a “ellos”», sino que es «un derecho que nos imponemos a nosotros mismos y unos a otros, como miembros en pie de igualdad del sistema político».

⁴⁶ CIGÜELA SOLA, 2017; 2019a: 74 y ss. También, sobre ambos modelos, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 71 y ss.

allá—⁴⁷, autores como GÜNTHER, KINDHÄUSER o MAÑALICH sostienen que la imposición legítima de penas requiere la existencia de un espacio político deliberativo inclusivo⁴⁸. Ello exige, en su perspectiva, que los cauces políticos de participación y deliberación estén lo suficientemente generalizados como para comprender que las normas puedan ser conceptualizadas como unas que los ciudadanos se dan a sí mismos, gracias a lo cual están legalmente obligados por ellas. Allí donde no existen las condiciones deliberativas, es decir, ante personas que no tuvieron la oportunidad de participar, o que fueron instrumentalizadas en el diálogo político-normativo, las coacciones no pueden ser validadas por el principio de autolegislación democrática.

ii) *Las teorías republicanas*: no muy alejados del planteamiento deliberativo, aunque en este caso trasladando aspectos nucleares del republicanismo a la teoría penal, autores como DUFF, PETTIT o GARGARELLA han condicionado la legitimidad de las penas a la existencia de determinadas precondiciones políticas propias del ideal republicano⁴⁹. Ha sido DUFF, de hecho, el autor que más ha incidido en las exigencias morales que deben exigirse a la instancia de imputación para que pueda imponer legítimamente penas: en ese sentido, la desventaja social grave e injusta funcionaría aquí como una forma de deslegitimación de la pena, según la cual lo que se dice no es que la conducta enjuiciada sea correcta o esté justificada, sino que la autoridad pública que debería juzgarla, en la medida en que sea responsable de aquella injusticia, no está en condiciones de hacerlo.

iii) *Las teorías liberales o las de la ciudadanía como protección*: en este caso siguiendo una concepción de la ciudadanía distinta, concebida más como protección que como deliberación⁵⁰, autores como PAWLIK o SILVA SÁNCHEZ han sostenido que lo que legitima políticamente la imposición de penas es que el Estado haya proporcionado igual protección de los derechos y libertades a todos los ciudadanos y al acusado en cuestión. Lo relevante no es que las normas hayan sido elaboradas por procesos de autolegislación deliberativa, sino más bien que contribuyan a la protección de la colectividad, y concretamente que «limiten y compliquen el poder de las oligarquías» a la vez que «dificulten la exclusión definitiva de determinadas personas o grupos»⁵¹.

⁴⁷ La idea fundamental de que el ciudadano está obligado a obedecer las leyes porque tuvo la oportunidad de contestarlas democráticamente está ya en *El Critón* de PLATÓN (2002: 141), cuando este pone en boca de SÓCRATES una defensa del cumplimiento de las leyes fundamentada en que lo que estas proponen lo mandan «no de un modo despótico, sino dejando la opción de que se (las) obedezca o se (las) convenza de lo contrario»; «ahora bien —prosigue— quien no se acoge a una de estas opciones, no actúa como es debido».

⁴⁸ Principalmente, GÜNTHER, 2005; KINDHÄUSER, 2011b: 211 y ss.; MAÑALICH, 2011b: 116 y ss. También, ALCÁCER GUIRAO, 2002: 173 y ss.; MARTÍN LORENZO, 2009: 319 y ss.

⁴⁹ PETTIT, 2000: 230 y ss.; DUFF, 2001; GARGARELLA, 2011.

⁵⁰ En el artículo sobre la ciudadanía de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (LEYDET, 2014: 2), se distinguen dos tipos de ciudadanía: la *republicana*, que abarcaría la deliberativa y que pone el énfasis en la participación en los procesos deliberativos, y la *liberal*, que lo pone en la protección que la ley ofrece a quienes poseen dicho estatus legal. Podemos encontrar el precedente más claro para este aspecto de la teoría del ciudadano de PAWLIK en BODIN (1962, or.: 1576: 46 y ss.), para quien ciudadano es «una persona que disfruta de la libertad común de la protección de la autoridad»; también es posible apreciar la influencia aquí de HOBBS (2010, or. 1651: § 21): «La obligación de los súbditos para con el soberano se sobreentiende que dura tanto como el poder mediante el cual este es capaz de protegerlos». Sobre la importancia de la provisión de protección en la teoría política moderna y premoderna, GRACIA MARTÍN, 2005: 465 y ss.

⁵¹ PAWLIK, 2004: 115 y ss.; SILVA-SÁNCHEZ, 2013: 715 y ss. En el caso del penalista alemán, no obstante, me parece que en su última obra sobre el tema (2017: 42 y ss.) se aproxima al planteamiento de DUFF, en el

Es esa protección —a veces obtenida de modo heterónomo— lo que justifica la imposición coactiva de deberes penales a los ciudadanos: entonces «el Estado solo puede calificar como sujetos de responsabilidad —dirigiéndoles un juicio de reproche sobre su conducta— a aquellos sujetos que simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección»⁵². Ello implica, continúa SILVA SÁNCHEZ, no solo una posición de garantía negativa por parte del Estado en relación a sus ciudadanos, sino también —aunque subsidiariamente— una serie de deberes positivos o de mejora, básicamente «la organización pública de las instituciones de la solidaridad», y concretamente aquellas que aseguran el desarrollo integral del ser humano como persona y las estructuras básicas del reconocimiento recíproco⁵³.

Sin entrar en la compleja cuestión de los matices que diferencian a los dos grupos —por lo demás mucho más variados internamente de lo que aquí se ha podido mostrar—, interesa subrayar el modo en que estas teorías facilitan la tarea de problematizar las consecuencias de las diferentes formas de injusticia social en la legitimidad de la pena. Así, estos planteamientos permiten sacar a la luz aquella pregunta que anteriormente había quedado oculta: al merecimiento y la necesidad de pena se le añaden determinadas exigencias dirigidas al poder político, cuyo incumplimiento pone en riesgo la legitimidad del *ius puniendi*, su autoridad moral. Por otra parte, se presenta una visión del poder de castigar mucho más adecuada al *Zeitgeist* de los Estados democráticos, esto es, como uno condicionado a la realización de determinadas prestaciones por parte del propio Estado, susceptible de ser cuestionado y revocado⁵⁴.

Sin embargo, y reconociendo el gran valor que aportan estas teorías, creo que sería necesario además tomarlas como punto de partida para problematizar el hecho de que muchas de las personas en quienes recae el castigo estatal no encajan en la definición de ciudadano deliberativo o cooperativo que sirven de referencia; en muchas ocasiones se trata de personas con el perfil exactamente opuesto, sujetas a procesos de marginación política y cultural, como también desprotegidas en aspectos tan fundamentales como la seguridad o el acceso a la propiedad. De lo contrario —esto es, si pasamos por alto esa distancia—, tendrán razón los críticos de las teorías normativas de la justicia cuando afirman que estas funcionarían más como *mito* que como *logos*, esto es, como ejercicio discursivo y autorreferencial por el que la ciencia jurídica se cuenta a sí misma una historia sobre lo que querría ser —una penalidad justa o válida acordada entre sujetos deliberativos o cooperativos—, desvinculado de cualquier tarea crítica a través de la cual la razón que legitimaría la pena, sea la deliberación o la protección, habría de tornarse operativa a la hora de deslegitimar aquellas prácticas que no encuentran en

sentido de dar más importancia que anteriormente al aspecto de la participación democrática. En todo caso, aquí ambos autores se situarían cercanos a algunos de los planteamientos de Amartya SEN (2010: 352): «Un entendimiento más amplio de la democracia como razonamiento público, que incluye las votaciones pero que va mucho más allá de ellas, puede atender a la importancia de los derechos de las minorías sin ignorar los votos de la mayoría como parte de la estructura total de la democracia»; en sentido similar, FOQUÉ, 2008: 219.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, 2013: 725.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ (2018: 81 y ss.), quien, no obstante mostrarse más cercano a la teoría de la ciudadanía como protección, también asume consecuencias allá donde lo que falta es la facultad de deliberación.

⁵⁴ DWORKIN, 2011: 392 y ss., 402 y ss. PARSONS, 1983: 25: «Ningún orden normativo se autolegitima en el sentido de que se considere de modo aprobado o prohibido de vida como simplemente correcto o incorrecto sin admitir discusiones al respecto».

ella su fundamento⁵⁵. En palabras de LUHMANN, las teorías de la legitimidad operarían aquí como una «idealización de lo ausente»⁵⁶. En ese sentido, la tarea de comparar el ideal normativo con la realidad y extraer de ello consecuencias dogmáticas, abordada en el ámbito hispanoamericano por autores como GARGARELLA y más recientemente por SILVA SÁNCHEZ⁵⁷, es precisamente la que permitiría combatir el tradicional escepticismo respecto a las teorías normativas de la pena, y en cierto modo dignificar la teoría penal como una con auténtica vocación práctica.

3.2. Legitimidad y desarrollo institucional: notas sobre una teoría de la pena entre el idealismo y el sociologismo

Ahora bien, hay que reconocer que esa tarea está lejos de ser sencilla, pues qué prestaciones legitiman políticamente al Estado para imponer una pena, si la protección, el bienestar social o la participación política, es algo muy difícil de determinar a priori. La razón es que las teorías normativas están sometidas a cierta condicionalidad histórica, y no pueden ser ni una mera descripción de cómo la pena funciona en realidad, ni tampoco incurrir en un exceso de idealismo y por tanto en un enmascaramiento de la propia penalidad⁵⁸. Según ha desarrollado DWORKIN, en lo que respecta a la legitimidad «el juicio interpretativo debe ser sensible a la época y el lugar: debe tomar en cuenta las ideas prevalecientes dentro de la comunidad política»⁵⁹. Por ello, dentro de

⁵⁵ Me parece que aquí corremos el riesgo de caer en lo que DERRIDA (2006: 92 y ss.) ha calificado críticamente como «fundamento místico de la autoridad» (yo prefiero calificarlo como mitológico), en relación al «momento en que la fundación del derecho queda suspendida en el vacío o encima del abismo, suspendida en un acto realizativo puro que no tendría que dar cuenta a nadie ni ante nadie». Por ponerlo en palabras de un autor algo más cercano a la tradición penal: «En un sentido mucho más sosegado y en el plano de la filosofía, DWORKIN (2011: 428), sostiene que en las actuales circunstancias de desigualdad y pobreza de buena parte de la población «la filosofía política académica debe parecer artificiar e indulgente consigo misma». En mi opinión, para escapar de una visión (ciertamente pesimista) como esta es necesario hacer operativas las teorías de la ciudadanía penal.

⁵⁶ «La validez —sostiene LUHMANN (1993: 100-110) en relación a las condiciones de legitimidad de las normas— se fundamenta en una especie de idealización de lo ausente». Como «un sistema universal de examinación» de la validez de una norma o una práctica jurídica «no se puede transformar en un programa practicable» (esto es, el juez no puede indagar en si cada acusado ha deliberado o ha sido protegido), las teorías de la legitimación no pasarían de ser *ficciones legales* o *comunicaciones* mediante las cuales el sistema jurídico se reproduce a sí mismo más allá de sus paradojas y contradicciones. La validez sería «semántica» al servicio de la autopoiesis del sistema. También HONNETH (2014: 65 y ss.) se muestra crítico con la teoría del discurso en este punto: «El discurso es entendido como acontecimiento trascendental o como meta-institución, pero nunca como institución particular en la multiplicidad de sus manifestaciones sociales: falta la decisión de concreción histórica, que debería agregarse a la tesis de partida de la teoría de la comunicación para obtener desde esta una visión de los fundamentos institucionales de la libertad».

⁵⁷ La propuesta de SILVA SÁNCHEZ (2018: 67-112), que no se puede abordar aquí en su complejidad, pasa por sistematizar los diferentes grupos sociales en función de la intensidad de su vinculación con el Estado (desde los *outsiders*, que ni deliberan ni son objeto de protección, hasta aquellos que ostentan cargos públicos), para derivar de ahí diferentes conclusiones en relación a la legitimidad del castigo y a posibles atenuaciones y exclusiones de la responsabilidad. La pobreza, en su planteamiento, puede tanto excluir el injusto típico, como excluir la prohibición, como también dar lugar a situaciones de inexigibilidad. Hasta donde alcanzo, constituye el intento más desarrollado de sistematización de las consecuencias dogmáticas de la injusticia social.

⁵⁸ Crítico con la idealización, NORRIE (1998: 148 y ss.), quien sostiene, en la línea de lo anterior, que las justificaciones del castigo se han basado inadecuadamente en un «simulacro» de individuo desvinculado de un orden social y moral estructurado conflictivamente.

⁵⁹ DWORKIN, 2011: 393.

ciertos márgenes, el estándar dependerá de cada sociedad y de su desarrollo político-institucional. Así las cosas, en el nivel apriorístico y general de la teoría política de la pena, lo máximo que me atrevo a afirmar sería:

i) Que un Estado perverso o extremadamente injusto que despersonaliza a determinados individuos —esclavos, personas segregadas, gravemente discriminadas o segregadas— no tiene legitimidad política para imponerles un castigo, ni siquiera por delitos graves, de modo que todo lo que haga por conservar su orden injusto deberá ser descrito como «violencia conservadora» en el sentido expresado por críticos como DERRIDA o BENJAMIN⁶⁰.

ii) Que, en todo caso, la legitimidad del Estado para castigar no puede esperar a su perfección, de otro modo «nadie tendría responsabilidad de juicio por nada hasta que se llegara a un milenio de riqueza y sofisticación cultural»⁶¹. Así, para Estados imperfectos pero no perversos el estándar de exigencia dependerá, por un lado, del desarrollo institucional de la propia sociedad y, por otro, de cómo de pacificada se encuentre y qué alternativas a la pena existan en el caso de que se renuncie a ella por ilegítima, especialmente en lo relativo tanto al futuro de la víctima como del delincuente.

iii) Que los deberes penales son tan diversos en su naturaleza que admiten diferentes formas de legitimación: así, la legitimación política del deber de «no matar» casi se puede dar por supuesta, mientras que la del deber de contribuir a las arcas públicas o de no ocupar un inmueble vacío está mucho más condicionado por el modo concreto en que cada sociedad se organiza, y concretamente por la posición social que ocupe el propio encausado y sus posibilidades de participar en las estructuras de reconocimiento recíproco⁶².

iv) Que la distinción entre deliberación y protección de derechos y libertades tiene menos relevancia práctica de la que parece, «pues el desempeño económico, la oportunidad social, la voz política y el razonamiento público están profundamente interrelacionados entre sí»⁶³. Así, las personas que viven situaciones de desprotección social suelen estar además material o formalmente excluidas de los procesos de participación y deliberación, y viceversa, que su infrarrepresentación política contribuye a esa mayor desprotección.

v) Y que, en todo caso, las teorías legitimadoras han de estar en tensión con las prácticas penales reales, suficientemente lejos de ellas para servir de ideal transformador y no ser una mera descripción sociológica, pero suficientemente cerca como

⁶⁰ *Vid. DERRIDA, 2006: 28 y ss. En ese sentido, MELISSARIS (2012: 157), con quien comparto la distinción —difícil de concretar— entre injusticias extremas y parciales: «Cuando se trata de injusticias extremas el derecho penal carece de legitimidad y su rol el cancelado en su totalidad».*

⁶¹ DWORKIN, 2011: 318; SHKLAR (1990: 108), quien sostiene que hasta el mejor de los Estados genera injusticias y fuentes de resentimiento, y que lo que define a un Estado justo o democrático es precisamente que «no silencie la voz de los afligidos y acepta como imperativos de cambio las expresiones de injusticia percibida».

⁶² La distinción entre delitos violentos y delitos no violentos, que corre paralela a la de obligaciones naturales y obligaciones adquiridas, es central a este debate: la tendencia generalizada es considerar que el margen para deslegitimar el castigo del pobre o la persona discriminada es amplio en lo que respecta a los segundos y muy restringido —incluso nulo— en lo que respecta a los primeros. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 67-112; CIGÜELA SOLA, 2019a: 198 y ss.

⁶³ SEN, 2010: 382; también FRASER, 2008: 49 y ss.: «No hay redistribución ni reconocimiento sin representación». Sobre ello, CIGÜELA SOLA, 2019a: 253 y ss.

para no derivar en una inútil utopía o en una ocultación de la realidad⁶⁴. Cada una de ellas tiene su propio límite, y la discusión relevante a efectos prácticos es qué hacer más allá de él, esto es, qué margen tiene cada sociedad para asumir las consecuencias prácticas del hecho de que existan personas que viven más allá —y a veces en el polo opuesto— de las condiciones que permiten su consideración como sujetos a los que se puede legítimamente imponer una pena. La determinación del espacio que existe desde el derecho penal para asumir esas consecuencias corresponde, como enseguida se verá (4), a la teoría del delito.

Así las cosas, en sociedades desarrolladas y fuertemente integradas podrá sostenerse una teoría deliberativa del castigo sin que la teoría misma sea desmentida por los hechos a cada paso, pudiendo el Estado realizar —con pocos costes para la paz social— los ajustes necesarios allá donde las condiciones de legitimación política no se cumplan; mientras que en sociedades poco desarrolladas e integradas será la teoría que sitúa la protección como mínimo legitimador la que permita un avance más realista en términos de justicia penal, pues sostener en su caso que son obligados penales quienes deliberan no aguantaría comparación alguna con la realidad, convirtiéndose entonces en un inútil fetiche teórico, en mito. En palabras de HONNETH: «Las formas existentes de la eticidad deben continuar siendo la guía de todas las reflexiones normativas en el sentido de que no se haga de manera abstracta cualquier demanda, casi irrealizable, al comportamiento social»⁶⁵.

En ello late, en efecto, una paradoja: precisamente los Estados más excluyentes son a la vez los Estados más frágiles e inseguros, y en esa misma medida son los que menos pueden asumir el riesgo de renunciar a la punición allá donde se producen delitos en contextos marginales, más aún si se trata de delitos violentos; por el contrario, son los Estados más incluyentes los más estables e integrados, de modo que en ellos la exclusión podrá operar como motivo para contener o renunciar a la pena sin demasiados riesgos para el orden social. Cuanto más sea la exclusión una excepción, por tanto, más puede tomarse como motivo para renunciar a la pena; cuanto más sea la norma, menos podrá ser tenida en cuenta a tales efectos. De esa paradoja, en todo caso, no se sale por la vía del derecho penal, sino por la del cambio social.

4. LEGITIMIDAD POLÍTICA DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO: HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD

La dificultad de las teorías de la pena tradicionales para abordar el problema político de la injusticia social ha tenido como correlato similares dificultades por parte de la teoría del delito y de la imputación. De hecho, buena parte de la tradición crítica con

⁶⁴ Por decirlo en términos hegelianos, el derecho —y en este caso las teorías normativas de la pena— solo puede «reconstruir normativamente» aquellos ideales o valores que están ya de algún modo residenciados en la «eticidad» de la sociedad particular a la que se dirige, lo que implica que tratar de imponer formas de legitimación extrañas a dicha «eticidad» es una tarea condenada al fracaso. Ello no implica que una sociedad no puede devenir algo distinto a lo que ya es en términos de sus prácticas morales asentadas, sino que toda transformación posible nace desde dentro de esa vida ética y no desde fuera. Sobre ello, HONNETH, 2014: 20 y ss.

⁶⁵ *Ibid.*, 22.

el derecho penal liberal ha puesto de relieve que dicha teoría, como producto discursivo, se ha afanado más en la tarea de limitar el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito de la llamada «criminalidad de los poderosos» que en la de los vulnerables; que habría, en fin, ocultado bajo una fina capa discursiva la reproducción de las desigualdades sociales existentes, en la medida en que los primeros tendrían la capacidad de obtener del discurso científico una serie de conceptos capaces de limitar su responsabilidad penal (principio de confianza, prohibición de regreso, imputación objetiva, principio de legalidad, etc.), mientras que los otros no encontrarían en el discurso científico más que silencio y unas pocas aportaciones⁶⁶. Más allá de esta compleja cuestión de genealogía y formación del discurso penal y sus categorías dogmáticas⁶⁷, me parece que lo interesante es tratar de que también la teoría del delito mejore sus prestaciones a la hora de dar respuesta a los problemas que la injusticia social pone sobre la mesa del derecho penal. Creo, de hecho, que en el nivel de las consecuencias dogmáticas de determinadas injusticias será mucho más fácil llegar a acuerdos doctrinales que en el metanivel de las teorías del castigo, del mismo modo que se llegó a un amplio consenso sobre las causas de inimputabilidad sin haber llegado a un consenso comparable sobre la cuestión más filosófica del fundamento de la culpabilidad.

4.1. La aproximación tradicional al problema

Como se ha dicho anteriormente, las situaciones de grave exclusión social o marginación afectan a la hora de imputar un hecho a quien las sufre en dos sentidos: en tanto perturban la capacidad de motivación del autor, es decir, las capacidades que son normalmente requeridas para el seguimiento de normas (nivel psicológico-volitivo/interno); y, en segundo lugar, en tanto afectan a la mencionada legitimidad moral/política de la instancia de imputación, en tanto esta no podría elevar un reproche —o no del mismo modo en que lo suele hacer— frente a quien ha sido tratado injustamente (nivel político/externo). Precisamente por haber ignorado la dimensión política del castigo, la aproximación dogmática clásica a la cuestión de la pobreza o la exclusión social se ha restringido al aspecto interno. Concretamente, el mayor desarrollo se ha producido en torno a las situaciones de necesidad justificante o exculpante en que la persona pobre o marginada se puede ver envuelta, tal y como se ha venido articulando desde la clásica doctrina del hurto famélico, la cual se ha ido ampliando tanto en relación con el tipo de delito —que puede ir más allá del hurto— como con el tipo de necesidad o peligro del que se quiere escapar —puede ir más allá del hambre o del frío, y no tiene por qué ser extremo o vital—⁶⁸.

Sin embargo, no hay que descartar en otros casos la existencia de situaciones de pobreza que deriven en errores acerca del carácter antijurídico de la conducta, más frecuentes allá donde se aprecie además una situación de marginalidad sociocultural; como tampoco, en casos de socialización exótica, la apreciación de una causa de

⁶⁶ Sobre estas cuestiones, GRACIA MARTÍN, 2003: 167 y ss.

⁶⁷ Sobre ello, en términos generales, FOUCAULT, 1992. En mi opinión, el campo de la genealogía del discurso penal es uno en el que todavía hay mucho por avanzar, lo cual está relacionado, en mi opinión, con que la obra de FOUCAULT ha influido mucho más en el ámbito de la criminología que en el del derecho penal.

⁶⁸ Sobre ello, ampliamente, CIGÜELA SOLA, 2019a: 36 y ss., 306 y ss.

inimputabilidad, fundada en este caso no en una característica cognitiva del sujeto en cuestión, sino en una intensa divergencia —no imputable al autor— entre los valores comunes y aquellos en los que el autor ha sido socializado. Cómo no, la pobreza o marginalidad del agente podrá ser tenida en cuenta en sede de individualización, lugar sistemático que se ha utilizado habitualmente como cajón de sastre en el que introducir las cuestiones de injusticia social a las que venimos haciendo referencia⁶⁹.

4.2. Propuesta de una inexigibilidad por razón de la instancia de imputación

Sin embargo, la traslación a la teoría del delito de los problemas de motivación de la persona injustamente excluida no agota la discusión aquí expuesta: estos todavía se enmarcan en el plano tradicional de la exigibilidad subjetiva⁷⁰, donde el foco se pone en el sujeto enjuiciado pero no en la autoridad enjuiciadora. Ahora bien, aparte de la *inexigibilidad por razón del sujeto* existe otro tipo de inexigibilidad, en este caso *por razón de la instancia de imputación*, donde lo que ocurre no es que al autor no se le pueda exigir el cumplimiento de normas, sino que la instancia que debería exigírselo, en este caso el Estado, no está en condiciones de hacerlo (mediante pena). Así, cuando al Estado le une una relación moralmente viciada con el autor en cuestión, o cuando ha sido gravemente deficitario a la hora de prestar los servicios o garantizar los derechos que serían necesarios para conducirse de modo jurídicamente adecuado (léase: educación, seguridad, oportunidades laborales), lo que encontramos es una situación de inexigibilidad ya no de tipo subjetivo, sino de tipo político: el autor puede ser perfectamente capaz de comunicar su desapego al derecho, puede que incluso sea esa su intención principal, como en los casos de protesta social; sin embargo, lo que aquí deslegitima el castigo es que el Estado no se encuentra en condiciones de comunicar un reproche al autor al que ha tratado injustamente, pues ha perdido o visto debilitada la autoridad moral requerida para hacer tal cosa. La tercera pregunta a la que se ha aludido al comienzo puede vehicularse, por tanto, en términos de inexigibilidad, e igual que existen causas de justificación, de excusa o de inimputabilidad que impiden al sujeto *responder* por un hecho, podemos encontrar *causas de ilegitimidad política* que impiden o dificultan al Estado *hacer responder* a un sujeto por un hecho.

Tal y como he desarrollado ampliamente en otro lugar⁷¹, los requisitos para la apreciación de esa *inexigibilidad por razón de la instancia de imputación* serían los siguientes: i) el padecimiento por parte del autor del delito de una grave injusticia social; ii) producida o tolerada por el Estado, y iii) que esté objetivamente conectada con la conducta delictiva, o que haga de su punición una solución injusta, irracional, innecesaria o contradictoria atendiendo a las circunstancias sociopolíticas excepcionales del

⁶⁹ Respecto a los problemas de imputación más concretos se vienen produciendo aportaciones doctrinales de especial interés; así, respecto a la individualización, CÁMARA ARROLLO, 2015; respecto al estado de necesidad, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2006; respecto a la inexigibilidad, ROBLES PLANAS, 2011; respecto a las diferentes posibilidades sistemáticas, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 68 y ss. Ampliamente, con un repaso de las consecuencias de la exclusión en las diferentes categorías, CIGÜELA SOLA, 2019a: Parte III.

⁷⁰ Sobre la inexigibilidad subjetiva, fundamentales: MELENDO PARDOS, 2002; AGUADO CORREA, 2004; desde el punto de vista del miedo insuperable, VARONA, 2000.

⁷¹ CIGÜELA SOLA, 2019a: 332 y ss.

autor en el seno de la sociedad que debería dirigirle el reproche. Sin que sea posible aquí profundizar en estos requisitos, lo relevante es que en la ponderación para determinar si es posible o no legitimar la respuesta punitiva encontramos, por un lado, que respecto a los delitos violentos o que afecten a la dignidad de terceros la legitimidad política del castigo tenderá a mantenerse inalterada, no solo porque el deber de respetar al otro es por lo general de tipo políticamente incondicionado⁷², sino porque su no punición produciría déficits de legitimación también de cara el futuro, al desplazar el problema de la desprotección desde el autor a la propia víctima⁷³; en segundo lugar, que debe existir una conexión entre el delito en cuestión y la injusticia social padecida por el sujeto, bien en el sentido de que esta haya operado como factor criminógeno de aquel, o bien en tanto en el propio proceso persecutorio se manifiesten actitudes discriminatorias o vulneraciones de derechos de los acusados⁷⁴; en tercer lugar, que la ausencia de legitimidad afecta al Estado en su capacidad de comunicar un reproche, pero no a terceros en lo relativo a sus posibilidades defensivas; y, por último y en relación al punto anterior, que el espacio para declarar este tipo de inexigibilidad depende de cómo afecte la renuncia al castigo al mantenimiento de la paz social y de la legitimidad prospectiva del Estado, espacio que será menor cuanto más grave sea el delito y menos segura sea la sociedad, y viceversa.

Con este tipo de inexigibilidad, que puede integrarse en la discutida categoría de la punibilidad⁷⁵, se establece una conexión entre la pregunta política de la teoría de la pena y la teoría del delito, y en cierto modo se abre un campo de posibilidades, todavía por explorar, para que las teorías de legitimación de la pena se tornen operativas a la hora de desplegar su reverso, esto es, de deslegitimar, total o parcialmente, aquellas prácticas punitivas que no encuentran en ellas justificación suficiente.

5. CONCLUSIÓN

La evolución de un discurso científico está muy condicionada por el modo en que se realizan las preguntas a las que dicho discurso pretende dar respuesta. En lo que respecta al discurso penal y a las teorías de legitimación de la pena, las preguntas han estado condicionadas, y a la vez limitadas, por una tensión dialéctica entre retribución y prevención. Buena parte de la evolución e incluso humanización del derecho penal es atribuible a esa fructífera dialéctica; sin embargo, también lo es un olvido que afecta de

⁷² DWORKIN, 2011: 347: «Un gobierno legítimo no compromete la dignidad cuando actúa con el fin de proteger a algunos ciudadanos de la violencia de otros». Por lo general, la mayor parte de quienes problematizan la legitimidad política del Estado excluyente lo hacen excluyendo de la discusión los delitos violentos; así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 68 y ss., quien restringe la discusión a los delitos que no se corresponden con «deberes naturales», sino con «obligaciones adquiridas».

⁷³ Hay que recordar aquí la excepción de los Estados perversos o extremadamente injustos, que carecen totalmente de legitimidad política, también para castigar delitos violentos.

⁷⁴ Por ese motivo será más fácil deslegitimar la pena en casos de complicidad que de «*tu quoque*», como también lo será en casos donde la discriminación se haya realizado en el propio proceso persecutorio (p. ej., en una redada antidroga, cuando los policías solo hayan registrado a las personas de color), que en aquellos en los que no tenga una relación directa con el delito. El Estado podrá mantener su legitimidad política en la medida en que se distancie de la acción discriminatoria o de otro modo injusta cometida por sus autoridades, por ejemplo condenando su actuación o tomando medidas disciplinarias contra quienes actúan en su nombre.

⁷⁵ Vid. CIGÜELA SOLA, 2019a: 337 y ss.

modo específico a la relación entre justicia social o política y derecho penal: afanada en la tarea de articular si la pena es merecida y si es necesaria, la ciencia penal ha pasado a menudo por alto la problemática propiamente política del *ius puniendi*, aquella que cuestiona si el Estado tiene la autoridad necesaria para declarar culpable a un sujeto, si cumple las condiciones que posibilitan, en un sentido normativo y no solo fáctico, el ejercicio de un derecho que es además de tipo político.

La pregunta por la dimensión política del castigo, cuyo afloramiento debemos a las recientes teorías de la ciudadanía, pretende resolver ese vacío teórico, ampliando el marco de discusión sobre la legitimidad penal mediante preguntas que anteriormente se daban por supuestas, o se respondían solo parcialmente. Para ello no basta, sin embargo, con expresar en positivo y *a priori* qué condiciones ha de cumplir un Estado para que el ejercicio de su *ius puniendi* sea legítimo, pues también se ha de profundizar en qué tipo de injusticias tienen la virtualidad para deslegitimar su uso, y cómo podemos articular dogmáticamente esa deslegitimación. En ese sentido, aquí se ha propuesto añadir a la clásica inexigibilidad subjetiva una nueva forma de inexigibilidad, política y referida a la instancia de imputación, en cuyo marco se discuta la legitimidad moral o política del Estado para castigar a aquellas personas que han sido tratadas injustamente, discriminadas o excluidas de las prestaciones y derechos básicos que constituyen el presupuesto de una vida personal y cívica digna.

Que un Estado renuncie a la pena por problemas de legitimidad política dependerá, en todo caso, de lo grave que sea la injusticia y lo grave que sea el delito cometido por el individuo, pero también de las posibilidades de pacificación existentes en la sociedad en cuestión. Allá donde el Estado (no perverso) tiene que proteger las condiciones básicas de la existencia, los problemas de legitimidad no pueden ser resueltos por la vía de una renuncia al derecho penal, sino por la de la reforma social y política; sin embargo, no toda forma de delincuencia deja tras de sí la amenaza del *status naturalis*, de modo que, allá donde entra en juego la justicia social y política, la contención punitiva tiene más camino por recorrer de lo que habitualmente estamos dispuestos a reconocer. La cuestión no es, parafraseando a JESCHECK⁷⁶, que hayamos sido justos pero fríos con los excluidos o marginados; la cuestión es, creo, que hemos escindido lo justo de lo político, como si el castigo se produjese en un espacio políticamente vacío, cuando es precisamente lo contrario lo que ocurre.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, T., 2004: *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada: Comares.
- ALCÁZER GUIRAO, R., 2002: «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa*, 25, 139 y ss.
- ARISTÓTELES, 2009: *Política*, Madrid: Alianza.
- BEADE, G. A., y LORCA, L., 2017: «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, núm. 47, 143 y ss.
- BECCARIA, C., 2008: *De los delitos y las penas (or.: 1764)*, Madrid: Tecnos.

⁷⁶ Vid. nota 18.

- BERMAN, M., 2010: «Two Types of Retributivism», *Univ. of Texas Law, Public Law Research Paper*, núm. 171 (12 de abril de 2010).
- 2014: «Modest Retributivism», *The Univ. Texas School Of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 560.
- BODIN, J., 1962: *The Six Bookes of the Commonwealth (or.: 1576)*, Cambridge: Harvard University Press.
- BRETTSCHNEIDER, C., 2007: *Democratic Rights: The Substance of Self-Government*, Princeton University Press.
- CÁMARA ARROYO, S., 2015: «Justicia social y derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *ADPCP*, vol. LXVIII, 327 y ss.
- CID MOLINE, J., y MORESO, J. J., 1991: «Derecho penal y filosofía analítica», *ADPCP*, t. XLIV, fascículo I.
- CIGÜELA SOLA, J., 2017: «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal: Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, 2.
- 2019a: *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política del castigo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2019b: «Delito, pena y criminalización a la luz de las teorías del reconocimiento: de Hegel a Honneth» (en prensa).
- COHEN, G. A., 2006: «Casting the First Stone: Who Can and Who Can't, Condemn the Terrorists?», en A. O'HEAR (ed.), *Political Philosophy*, Cambridge University Press, 113 y ss..
- DAN-COHEN, M., 2014: «Dignity, crime and punishment: a Kantian perspective», en DÜBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press.
- DELGADO, R., 2012: «The Wretched of the Earth», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 2, 1.
- DERRIDA, J., 2006: *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, Barcelona: Paidós.
- DUFF, A., 2001: *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press.
- 2015: *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- DWORKIN, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press.
- FALK, P., 1996: «Novel Theories of Criminal Defense Based upon the Toxicity of the Social Environment: Urban Psychosis, Television Intoxication, and Black Rage», *N. C. L. Rev.*, 774 y ss.
- FOQUÉ, R., 2008: «Criminal Justice in a Democracy: Towards a Relational Conception of Criminal Law and Punishment», *Crim. Law and Philos.*, 2.
- FOUCAULT, M., 1992: *El orden del discurso*, Buenos Aires: Tusquets.
- 2003: *Hay que defender la sociedad*, Madrid: Akal.
- 2008: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa.
- 2009: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- FRASER, N., 2008: *Escalas de justicia*, Barcelona: Herder.
- GARGARELLA, R., 2011: «Penal Coercion in Context of Social Injustice», *Criminal Law and Philosophy*, 5.
- GRACIA MARTÍN, L. 2003: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2005: «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», en BARREIRO (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, Pamplona: Civitas, 447 y ss.

- GROVES, W. B., y FRANK, N., 1986: «Punishment, Privilege and Structured Choice», *Punishment and Privilege*, New York: Harrow & Heston.
- GÜNTHER, K., 2005: *Schuld und Kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- HANEY, C., 2008: «Evolving Standards of Decency: Advancing the Nature and Logic of Capital Mitigation», *Hofstra Law Review*, 36, 835 y ss.
- HARCOURT, B., 2013: «Beccaria's "On Crimes and Punishments": A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law», *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, núm. 648.
- HARRIS, A. P., 2012: «Rotten Social Background and the Temper of the Times», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, 2: 144 y ss.
- HEGEL, G. W. F., 2000: *Grundlinien der Philosophie des Rechts (orig. 1820)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HOBBS, T., 2010: *Leviathan, Or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civill (orig. 1651)*, New York: Yale University Press.
- HONNETH, A., 2014: *El derecho de la libertad*. Madrid: Katz-Clave Intelectual.
- HÖRNLE, T., 2015: *Teorías de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HUDSON, B., 2000: «Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference», en HEFFERNAN y KLEINIG (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice*, Oxford University Press.
- JESCHECK, H.-H., 1993: *Tratado de Derecho Penal. Parte General (4.ª ed. Trad. J. L. Manzanares)*. Granada: Comares.
- KANT, I., 2005: *La metafísica de las costumbres (orig. 1785)*, Madrid: Tecnos.
- KINDHÄUSER, U., 2011a: «Personalidad, culpabilidad y retribución», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires: BdF, 3 y ss.
- 2011b: «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires: BdF, 211 y ss.
- KLESCZEWSKY, D., 1997: «Auswirkungen Umbruch und Krise einer Bürger Gesellschaft auf das Strafrecht - eine Hegelianische Perspektive», *ARSP*, Beiheft, 71: 140 y ss.
- KÖHLER, M., 1986: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg: R.v. Decke & C. F. Müller.
- LASCURAIN, J. A., 2016: «Proporcionalidad penal», en M.ª L. MAQUEDA ABREU, M. MARTÍN LORENZO y A. VENTURA PÜSCHEL, *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. LH al prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid: UCM, 115 y ss.
- LEYDET, D., 2014: «Citizenship», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014 Edition.
- LIPOVETSKI, G., 2000: «Violencias salvajes, violencias modernas», en *id.*, *La era del vacío*, Barcelona: Anagrama, 174 y ss.
- LUHMANN, N. 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.
- MAÑALICH, J. P., 2011a: «Retribucionismo expresivo: acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires: BdF, 29 y ss.
- 2011b: «Pena y ciudadanía», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires: BdF, 116 y ss.
- 2013: «Justicia, Propiedad y Prevención», en *id.* (ed.), *Ciencia Penal en la Universidad de Chile*, Santiago: Universidad de Chile, 167-186.
- MARTÍN LORENZO, M., 2009: *La exculpación penal: Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2006: «Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, 230 y ss.
- MELENDO PARDOS, M., 2002: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada: Comares.
- MELISSARIS, E., 2012: «Property Offences as Crimes of Injustice», *Crim. Law and Philos.*, 6: 149 y ss.
- MIR PUIG, S., 2006: *Estado, pena y delito*, Montevideo: BdF.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2002: *Responsabilidad jurídica y libertad (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MOORE, M. 1997: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, New York: Oxford.
- MURPHY, J. G., 1973: «Marxism and Retribution», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 3, Spring.
- NORRIE, A., 1991: *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice*, Dordrecht: Kluwer.
- 1998: «“Simulacra of Morality”? Beyond the Ideal/Actual Antinomies of Criminal Justice», en DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge University Press.
- ORTEGA Y GASSET, J., 2006: *La rebelión de las masas*, Madrid: Austral.
- ORTIZ DE URBINA, Í., 2017: «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en R. CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Buenos Aires-Montevideo: BdeF.
- PARSONS, T., 1983: *La sociedad. Perspectivas evolutivas y comparativas*, México: Trillos.
- PASHUKANIS, E., 1978: *Law and Marxism: a general theory*, Eastborn: Pluto Press.
- PAWLIK, M., 2004: «“Selbstgesetzgebung der Regierten”: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur», *Recht und Politik, ARSP Beiheft*, 93: 115 y ss.
- 2017: *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- PÉREZ DEL VALLE, C., 2004: «La persona del Derecho penal en la filosofía del Derecho de Hegel», en *id.*, *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2016: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Madrid: Dykinson.
- PETTIT, P., 2000: «Indigence and Sentencing in Republican Theory», en HEFFERNAN y KLEINIG, *From Social Justice to Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 230 y ss.
- PLATÓN, 2002: *Apología de Sócrates; Critón; Carta VII*, Madrid: Austral.
- PORTILLA CONTRERAS, G., 2006. «Legitimación del derecho penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos», en M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y J. A. GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 489 y ss.
- PRIMORATZ, I., 1989: «Punishment as Language», *Philosophy*, 64 (248): 187-205.
- RADBRUCH, G., 1944: *Filosofía del derecho*, Madrid: Ed. Revista de Derecho privado.
- RAIZADA, R. D. S.; RICHARDS, T. L.; MELTZOFF, A., y KUHL, P. K., 2008: «Socioeconomic status predicts hemispheric specialization of the left inferior frontal gyrus in young children», *NeuroImage*, 40: 1392 y ss.
- RAVALLION, M., 2016: *The Economics of Poverty. History, Measurement and Policy*, Oxford University Press.
- RAWLS, J., 1971: *A theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- RICOEUR, M., 1996: *Sí mismo como otro*, Madrid: Siglo XXI.

- RIVERA LÓPEZ, E., 2015: «Castigo penal, injusticia social y autoridad moral», *Análisis filosófico* XXXV, núm. 2, 167 y ss.
- ROBINSON, P. H., 2012: «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and “Rotten Social Background”», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 2, 53 y ss.
- ROBLES PLANAS, R., 2011: «Caso del Leinenfänger», en P. SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid: La Ley, 111 y ss.
- ROXIN, C., 1997: *Derecho penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.
- SCHÜNEMANN, B., 2002: «Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur —Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist—», en PRITTWITZ *et al.* (comps.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden: Nomos Verl., 327-343.
- SEELMANN K., 2008: «Symbolische Kommunikation über die Legitimation von Strafe im 18. und frühen 19. Jahrhundert», en *Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung*, Münster: Rhema Verl.
- 2012a: «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 213 y ss.
- 2012b: *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter.
- SEN, A., 2010: *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.
- SHKLAR, J., 1990: *Faces of Injustice*, Yale University Press.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1992: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch.
- 2013: «Presupuestos sociopolíticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (ed.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 715 y ss.
- 2018: *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Barcelona: Atelier.
- TADROS, V., 2009: «Poverty and Criminal Responsibility», *J. Value Inquiry*, 43, 408 y ss.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica* (versión online: <http://bjg.com.ar/sumat/index.html>).
- TORIO LÓPEZ, A., 1985: «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 285 y ss.
- VARONA, D., 2000: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada: Comares.
- VON LISZT, F., 1995: *La idea del fin en derecho penal* (trad. Pérez del Valle), Granada: Comares.
- ZAFFARONI, R. E.; ALAGIA, A., y SLOKAR, A., 2002: *Derecho penal. Parte General* (2.ª ed.), Buenos Aires: Ediar.

