

El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal

Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik

Javier Cigüela Sola

Universitat Abat Oliba-CEU / Universitat Oberta de Catalunya

Abstract*

La creciente importancia otorgada al concepto de ciudadanía por parte de la ciencia penal continental respondería a la búsqueda de una legitimación del castigo situada más allá del propio delito culpable, concretamente en el vínculo político existente entre el Estado y el ciudadano, cuyo quebrantamiento por parte de éste legitimaría al poder público para imponer el castigo. El objetivo del presente artículo es analizar las dos teorías de la ciudadanía más relevantes en la ciencia penal continental (la del ciudadano deliberativo de GÜNTHER y KINDHÄUSER y la del ciudadano cooperativo de PAWLIK) para poner de relieve su principal límite, a saber: su dificultad para justificar el castigo de quien ha sido injustamente excluido de las condiciones materiales del reconocimiento recíproco. Tras dicho análisis crítico, el artículo esboza un concepto de ciudadanía material y multidimensional mediante el cual se pueda valorar la legitimidad del castigo del excluido en función tanto del tipo de exclusión que ha sufrido como del tipo de infracción por él cometida.

Die zunehmende Bedeutung, die die kontinentaleruropäische Strafrechtswissenschaft dem Begriff der Bürgerschaft zuschreibt, entspricht der Suche nach einer Legitimation der Strafe über der Straftat hinaus, nämlich in der politischen Verbindung zwischen dem Staat und dem Bürger, deren Verletzung der öffentlichen Gewalt dazu befugen würde, eine Strafe aufzuerlegen. Ziel des vorliegenden Beitrags ist die Analyse der zwei Lehren der Bürgerschaft, die für die kontinentaleuropäischen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion am meisten relevant sind, nämlich die von GÜNTHER und KINDHÄUSER entwickelte Theorie des deliberativen Bürgers, sowie die von PAWLIK entwickelte Theorie des kooperativen Bürgers. Vor diesem Hintergrund geht es darum, das grundsätzliche Problem beider Lehren hervorzuheben, nämlich ihre Schwierigkeit, die Strafe des Individuums, das aus den materiellen Bedingungen der gegenseitigen Anerkennung ungerecht ausgeschlossen wurde, zu rechtfertigen. Nach dieser kritischen Analyse wird vorliegend versucht, einen materiellen und mehrdimensionalen Bürgerschaftsbegriff zu skizzieren, nach dem die Legitimität der Strafe gemäß der Art von Ausgrenzung des Individuums sowie der Art des begangenen Verstoßes bewertet werden kann.

The growing importance given to the concept of citizenship by continental criminal science would respond to the search for a legitimization of punishment beyond the responsible offense itself, specifically in the political link between State and citizen, whose breakdown by the latter would legitimize the imposition of punishment. The aim of the present article is to analyze the two most relevant theories of citizenship in continental criminal science (that of the deliberative citizen of GÜNTHER and KINDHÄUSER and that of the cooperative citizen of PAWLIK) in order to highlight their main limit, that is: its difficulty to justify the punishment of those who have been unjustly excluded from the material conditions of reciprocal recognition. After this critical analysis, the article outlines a concept of material and multidimensional citizenship through which the legitimacy of punishment of the excluded can be assessed in terms of both the type of exclusion he has suffered and the type of offence committed by him.

* El presente artículo fue presentado en Pamplona como ponencia en las IV Jornadas Internacionales de Derecho penal en Homenaje al prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) Jesús-María Silva Sánchez, en Febrero de 2017. Agradezco a los compañeros asistentes sus comentarios, valiosos no sólo para acabar de elaborar este texto sino también y especialmente en lo que respecta al futuro de esta investigación, que cogerá otro vuelo gracias a ellos.

Titel: Der Bürger und der Ausgeschlossenen gegen das Strafrecht. Die Probleme des deliberativen Bürgers von Günther und Kindhäuser und sowie des kooperativen Bürgers von Pawlik.

Title: The Citizen and the Excluded Towards Criminal Law. The Limits of the Deliberative Citizen of Günther and Kindhäuser and of the Cooperative Citizen of Pawlik.

Palabras clave: Exclusión, Ciudadanía, Reconocimiento, Justicia social.

Stichworte: Exklusion, Bürgerschaft, Anerkennung, Sozialjustiz.

Keywords: Exclusion, Cityzenship, Recognition, Social Justice.

Sumario

1. Introducción
2. La exclusión social: de la ética de la supervivencia a la del reconocimiento
3. El ciudadano del Derecho penal y su límite en la persona excluida
 - 3.1. El ciudadano deliberativo de GÜNTHER y KINDHÄUSER
 - a) Límite: ¿es el excluido social un ciudadano deliberativo?
 - 3.2. El ciudadano cooperativo de PAWLIK
 - a) Límite: el problema de los barrios segregados
4. La ciudadanía como criterio material multidimensional
 - 4.1. Las diferentes dimensiones de la ciudadanía
 - 4.2. Ciudadanía y delito del excluido: una distinción orientativa
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

Afirma KANT que “el grado de imputabilidad (*imputabilitas*) de las acciones ha de valorarse *subjetivamente*, según la magnitud de los obstáculos que han tenido que superarse”; y continúa: “cuanto menor es el obstáculo natural, y cuanto mayor es el obstáculo fundado en el deber, tanto más imputable es la infracción (como delito)”.¹ Como mayor obstáculo natural (de la sensibilidad) KANT pone el ejemplo de quien delinque por un ataque de “apasionamiento”, lo que derivaría en una menor imputabilidad en relación a quien lo hace con “reposada premeditación”. Si bien la tradición filosófica, y de su mano la ciencia penal, ha centrado su atención en los obstáculos naturales o internos al sujeto que dificultan la orientación conforme a normas, las investigaciones sociológicas y psicológicas del último siglo muestran la necesidad de atender también a las dificultades que tienen un origen social o externo al sujeto. Así, la extrema pobreza o una infancia en un barrio depauperado y violento pueden condicionar la orientación conforme a normas de un modo análogo a como lo hace un estado pasional o incluso una

¹ KANT, *La Metafísica de las costumbres*, 2005, § 228, p. 36.

enfermedad mental; ambos obstáculos —el de la pobreza y la exclusión y el de la enfermedad y la impulsividad— están, de hecho, correlacionados estadísticamente².

Pero la pobreza o la exclusión social no sólo producen efectos en ese plano, también lo hacen en lo que KANT identifica como “obstáculos fundados en el deber”: según se verá más adelante, los deberes jurídico-penales están de algún modo debilitados frente al excluido social, en la medida en que la obligatoriedad de las normas está fundada en una serie de condiciones —sociales y políticas— que no rigen del mismo modo respecto a él. En palabras de SEELMANN: “se puede cuestionar que un Estado defectuosamente organizado o que genera embrutecimiento tenga todavía un derecho moral a la imputación jurídico penal de delitos que están condicionados por su comportamiento incorrecto”³. En ese sentido, se entenderá con cierta claridad por qué motivo la exclusión social es relevante para el Derecho penal: si lo que KANT sostiene es cierto, resulta que, si consideramos la exclusión social como un contexto que obstaculiza la orientación conforme a normas y que además los deberes en el contexto social del excluido están debilitados, deberíamos concluir que la infracción penal del excluido es *menos imputable (como delito)* que la del ciudadano estándar⁴. La fórmula sería como sigue: si de menor obstáculo natural y mayor obstáculo normativo resulta una mayor imputación de la infracción, entonces de mayor obstáculo natural/social y menor obstáculo normativo resulta una menor imputación.

Partiendo de esa sencilla idea, el presente artículo se centra específicamente en el segundo nivel, tratando de demostrar —de la mano de las recientes teorías del Derecho penal del ciudadano— que todo lo que en un Estado democrático y de Derecho legitima al poder público para castigar a un sujeto está ausente, o no rige del mismo modo, en relación a quienes han sido injustamente excluidos de la comunidad. Sobre esa base, el artículo se dividirá en tres partes, previas a la conclusión: la primera constituye un breve recorrido por el significado jurídico-político de la exclusión social, que habría sufrido una importante evolución a lo largo de los últimos siglos, desde una ética de supervivencia a otra del reconocimiento (2); la segunda constituye un análisis del concepto de ciudadanía en la ciencia penal, sobre el entendido de que constituye el concepto clave a la hora de comprender por qué el castigo del excluido es problemático desde el punto de vista de la legitimidad (3); la tercera parte esboza un concepto de ciudadanía material y multidimensional, a partir del cual sistematizar la respuesta que el Estado deba dar al delito del excluido, teniendo en cuenta el tipo de exclusión y el tipo de delito cometido (4). Dada la magnitud y complejidad del problema, la discusión se irá acotando necesariamente en cada uno

² DECLERCK, *Los naufragos*, 2006, especialmente los dos capítulos finales y los anexos; sobre la influencia de la pobreza en una toma de decisiones defectuosa: MULLAINATHAN/SHAFIR, *Scarcity: Why Having Too Little Means So Much*, 2013; desde el punto de vista neurológico y aplicándolo a la infancia: GUO/MULLAN-HARRIS, «The mechanisms mediating the effects of poverty on children’s intellectual development», *Demography*, (37), 2000, pp. 431-447.

³ SEELMANN, «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*, 2012, p. 220; TADROS, «Poverty and Criminal Responsibility», *J. Value Inquiry*, (43), 2009, p. 393; GRACIA MARTÍN, «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 483 s., quien, citando a WELZEL, destaca los problemas que una sociedad distributivamente injusta tiene para imponer su derecho en conciencia y no como coacción.

⁴ En ese sentido, aunque reconociendo que no es fácil armar conceptualmente tal intuición: SEELMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 219.

de los niveles, dejando una serie de cuestiones y de autores sin duda relevantes para ser tenidos en cuenta de modo monográfico en un futuro próximo.⁵

2. La exclusión social: de la ética de la supervivencia a la del reconocimiento

La exclusión social ha sido conceptualizada habitualmente como un problema relacionado con la pobreza, y aún es así en numerosos análisis —hay que tener en cuenta que el término “exclusión” no se ha generalizado hasta los años 80 y 90, y que su origen data de los años 70—. ⁶ Desde un punto de vista histórico, también el tipo de exclusión social que ha interesado al Derecho penal ha estado ligado a la pobreza. Si uno bucea en los clásicos del Derecho penal reparará fácilmente en que la discusión sobre la dificultad de castigar a un individuo que ha cometido su delito en una situación de privación era una discusión sobre el individuo pobre: el que hurta comida para alimentarse o ropa para cubrir el cuerpo y protegerse del frío⁷. Ello revela que la consideración de la responsabilidad del excluido —más bien, del pobre— por sus delitos ha pivotado en torno a una *ética de la supervivencia*, en virtud de la cual sólo el riesgo para la vida (por desnutrición o por frío) puede modificar —atenuando, justificando o excluyendo— el contenido de su responsabilidad; más allá de dicho riesgo sólo queda espacio para la piedad o la gracia, pero no para consideraciones jurídicas más refinadas⁸.

Esta visión, de hecho, ha tenido importantes consecuencias jurídico-penales en lo que respecta a la aplicación de la doctrina del hurto famélico en España, la cual se ha visto restringida durante largo tiempo tan sólo a peligros extremos⁹. En el Código penal de 1870 el hurto famélico ni siquiera alcanzaba a fundamentar una eximente, quedando reducido a una posible atenuación; y ni siquiera fundada ésta en la necesidad, sino en el arrebato u obcecación que aquélla producía en el sujeto.¹⁰ No fue hasta 1944 cuando el Tribunal Supremo consolidó la doctrina a favor de la incardinación del hurto famélico en el estado de necesidad, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia han mantenido una visión muy restringida de la “necesidad” misma: así, por ejemplo, las STS 1-3-1974 y 3-4-1978 consideraban necesario un peligro inminente para la vida para apreciar la eximente completa, mostrando una visión muy naturalista del problema¹¹ y anclada, por tanto, en una *ética de la supervivencia*.

⁵ En el presente artículo me centraré específicamente en los planteamientos surgidos en el ámbito continental y concretamente en la dogmática penal alemana, dejando a un lado los desarrollos que del problema se han hecho en el ámbito anglosajón y latinoamericano. Precisamente porque en dicho ámbito la discusión ha sido amplia y fructífera, su consideración merece mayor espacio y deberá ser atendida en otro lugar. Para una panorámica de la discusión anglosajona, ver: HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From social Justice to Criminal Justice*, 2000; para una de la latinoamericana, GARGARELLA (coord.), *El castigo en sociedades desiguales*, 2012.

⁶ Sobre el origen del concepto, ampliamente: BOLTANSKI/CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, 2002, pp. 444 ss.; sobre su evolución: SEN, *Social Excursion: Concept, Application and Scrutiny*, 2000.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, 3ª ed., 1976, p. 468.

⁸ Sosteniendo que la “gracia” (*mercy*) es el mejor modo de resolver el delito del excluido: GARDNER, «Relations of Responsibility», *University of Oxford Legal Research Studies*, Paper number 15/2011, p. 24.

⁹ Lo mismo ha venido sucediendo históricamente en el Derecho anglosajón, ver: GREEN, «Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders», *University of Chicago Legal Forum*, (1), pp. 51 s.

¹⁰ CÁMARA ARROYO, «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*, (68), 2015, p. 258.

¹¹ Sobre ello: MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Pobreza y 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*, 2006, p. 244; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español», *ADPCP*, (35), 1982, p. 667.

Sólo a partir del tránsito, en palabras de HONNETH, de la *ética de la supervivencia* a una *ética del reconocimiento* es posible construir un marco teórico en el que la dificultad de determinados sujetos para orientarse conforme a normas no se reduzca a una cuestión de pobreza o peligro para la vida, sino que vaya un poco más allá. El propio SILVA SÁNCHEZ, leyendo a HONNETH, expone precisamente esa idea: “Sería un error —sostiene—, reducir el reconocimiento a la adopción de una posición crítica frente a la distribución desigual de los bienes materiales de la vida, por mucho que ésta sea patente y escandalosa. A ello debe añadirse una consideración asimismo crítica de la distribución desigual ‘difícilmente mensurable pero no obstante demostrable, de oportunidades de formación cultural, reconocimiento social y trabajo que garantice la identidad’”¹². En ese sentido, es posible afirmar que la exclusión social es un fenómeno mucho más complejo de lo que el concepto de pobreza ha abarcado tradicionalmente. Aunque ambas dimensiones estén correlacionadas —el excluido suele ser un individuo con pocos recursos, y el pobre suele estar excluido del acceso a múltiples bienes o servicios—, lo cierto es que no son coincidentes, y hoy entendemos que no sólo el menosprecio social o jurídico del pobre es relevante, sino también el de quien no tiene acceso al trabajo, la educación, la cultura o la participación política. De algún modo, las condiciones de pertenencia a lo que se puede denominar *normalidad social* se han enriquecido.

El tránsito de una ética de la supervivencia a otra del reconocimiento tiene implicaciones también en el plano de la teoría del Estado. La nuestra no es una sociedad como la que soñaba HOBBS, donde el poder público reconoce al individuo tan sólo como un átomo social que entrega obediencia plena a cambio de tener asegurada la supervivencia (y sólo si la ve en riesgo puede desobedecer la norma)¹³; al contrario, el sujeto de hoy, precisamente porque no puede ser considerado un átomo determinado por un “todo político”, exige un reconocimiento más amplio, como ser *libre* de conducir su vida sin intromisiones ilegítimas externas, y a la vez *partícipe* de la formación social, económica, política y cultural de la comunidad en la que vive.¹⁴

Qué alcance debe tener ese reconocimiento resulta una cuestión crucial: “reconocerse hoy como personas en Derecho”, sostiene HONNETH, “significa más de lo que podía significar al principio del desarrollo moderno del Derecho: no sólo la capacidad abstracta de poder orientarse respecto de normas morales, sino también la capacidad concreta de merecer la medida necesaria en nivel social de vida por la que un sujeto es entretanto reconocido cuando encuentra reconocimiento jurídico”¹⁵. Es decir, dicho reconocimiento no puede ser meramente formal, pues un derecho formalmente existente para un sujeto pero material o prácticamente irrealizable se revela en realidad como un derecho estéril: así, de nada sirve que determinadas personas tengan un

¹² SILVA SÁNCHEZ, «Reflexiones en un julio convulso», *InDret*, (3), 2016, Editorial.

¹³ Sobre ello: ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, 2004, pp. 200 s.: “Hobbes libera a aquellos que están excluidos de la sociedad —los que no han tenido éxito, los desafortunados, los delincuentes— de toda obligación hacia la sociedad y el Estado si el Estado no cuida de ellos”. Precisamente esa condicionalidad de la norma es lo que permite interpretar el Estado hobbesiano como uno no totalitario, ver sobre ello: PÉREZ DEL VALLE, *Estudios de filosofía política y derecho penal*, 2004, p. 64. Ver también, GRACIA MARTÍN, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 465 ss.; una crítica a la idea de ciudadanía implícita en HOBBS: SHKLAR, «American Citizenship: The Quest for Inclusion», *The Tanner Lectures on Human Values*, 1989, p. 391.

¹⁴ PAWLK, «La pena retributiva y el concepto de delito», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y de Derecho penal*, 2010, p. 47.

¹⁵ HONNETH, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, 1997, p. 144.

derecho abstracto a una ayuda social si el camino hasta ella está minado de impedimentos burocráticos que obstaculizan o incluso imposibilitan su disfrute. En todo caso, en lenguaje penal lo anterior significa que la idea de reconocimiento no se agota en las capacidades naturales del sujeto de orientarse conforme a normas (hoy puestas en duda¹⁶), ni tampoco en la posesión de derechos y garantías formales; se exige, además, que lo anterior sea realizable en una medida relevante en el conjunto de interacciones sociales. Esto es, se requiere no sólo una personalidad formal —un centro de imputación de derechos y deberes en el sentido de Kelsen—, sino una personalidad moral o social, en el sentido de formar parte de la comunicación, de la distribución de bienes y de oportunidades como un igual.¹⁷ Por utilizar el lenguaje de PAWLIK, el castigo no sólo exige la existencia del “hombre”, ni siquiera de la “persona”; se exige además estar ante un “ciudadano”¹⁸.

En el marco de las diferentes formas que puede adoptar, la cuestión es que el tipo de reconocimiento que se exige en el plano del Derecho no permite exclusiones: la base cooperativa y comunicativa que se requiere para una interacción social no conflictiva descansa necesariamente en un reconocimiento recíproco generalizado, incluyente¹⁹. Para explicarlo HEGEL contrapone el Derecho al amor: en éste el reconocimiento del otro es excluyente, pues al ser amado se le ama porque no se ama del mismo modo a todos los demás seres, porque se le ama *en* su diferencia; el reconocimiento jurídico es, al contrario, incluyente, pues sólo si todos los participantes de la interacción lo obtienen —*más allá de* sus diferencias— se dan las condiciones que constituyen la comunidad y la convivencia pacífica²⁰. Esa es la razón por la que la falta de reconocimiento no es sólo un problema que afecte a los sujetos excluidos del mismo (como sucede con el amor), sino que es un problema que hace metástasis en el cuerpo social entero: el déficit de personalidad jurídica del otro revierte en un déficit de personalidad del yo²¹, proceso que al generalizarse deriva en un déficit de reconocimiento recíproco y, por tanto, en la inestabilidad del derecho.

Ello explica, en el plano empírico, que el disfrute de la propiedad por quien la ostenta en países con grandes desigualdades sea siempre un disfrute inestable y amenazado, un disfrute no pacífico, como el del mejicano adinerado que se tiene que atrincherar en su barrio residencial para poder sentirse seguro, o el

¹⁶ Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 212, para quien la culpabilidad no puede asentarse ya en presupuestos antropológicos o metafísicos, dada su refutación por parte de la neurobiología, sino sólo en la “praxis social”, esto es, en presunciones normativas que puedan tenerse por justificadas.

¹⁷ KINDHÄUSER, «Personalidad, culpabilidad y retribución», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 16.

¹⁸ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, 2004.

¹⁹ Así, HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, 2005, pp. 43 ss.; EL MISMO, *La inclusión del otro: Estudios sobre teoría política*, 1999, pp. 265 ss.; WALZER, «Exclusión, injusticia y Estado democrático», en EL MISMO, *Guerra, Política y Moral*, 2001, p. 132.

²⁰ HONNETH, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, 1997, p. 66. Sobre la cuestión de la generalización en el Derecho: ARMIN KAUFMANN, «Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken», *ARSP*, (45), 1992, pp. 77 ss.; EL MISMO, *Filosofía del derecho*, 1999, p. 309.

²¹ HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 28: “Para Hegel, la estructura de tal relación de reconocimiento recíproco es en todo caso la misma: un sujeto deviene siempre en la medida en que se sabe reconocido por otro en determinadas de sus facultades y cualidades, y por ello reconciliado con éste; al mismo tiempo llega a conocer partes de su irremplazable identidad y, con ello, a contraponerse al otro en tanto que un particular”.

del norteamericano blanco que huye del centro depauperado de su ciudad, donde se concentra la población marginal de color, por miedo a que éstos quieran acceder a la propiedad a su costa. La desigualdad, esto es, la distribución desigual de reconocimiento, es sinónimo de inestabilidad jurídica; y la exclusión de amplias capas de población implica no sólo su propia inestabilidad, sino también la del cuerpo social en su totalidad. En palabras de MOLAND: “la pobreza crónica también mina la libertad del rico”.²²

Según una determinada interpretación de HEGEL —no entro aquí en si es la única o la correcta, si es que se puede hablar en esos términos—, resulta que en un contexto de falta de reconocimiento al delito no sólo se le puede adscribir un carácter de *negatividad* —esto es, de negación de la persona del otro—, sino que también se le puede adscribir una cierta *positividad*, como paso previo a la consecución de “relaciones éticamente maduras de reconocimiento”²³: en ese sentido, el delito del excluido proporciona una “especie de potencial de aprendizaje práctico moral”²⁴ para la sociedad, pues sirve para alertar de un déficit de reconocimiento que pone en riesgo no sólo a quien lo sufre, sino a toda la sociedad. Así, HONNETH sostiene que “puede conjeturarse que HEGEL remite el ‘delito’ a un estado incompleto de reconocimiento, que el motivo interno del delincuente lo constituye la experiencia de que él mismo no se ha sentido reconocido de manera satisfactoria en los estadios establecidos de reconocimiento recíproco”²⁵ (quedaría por ver, no obstante, si ese “sentimiento” se corresponde con una injusticia objetiva).

No es el objetivo aquí llevar hasta sus últimas consecuencias este razonamiento, que nos llevaría, en su versión extrema, a la lectura que el marxismo ha hecho de HEGEL, y que interpreta todo delito como una manifestación de la lucha de una clase no reconocida —proletariado—, contra otra que distribuye el reconocimiento de modo limitado o injusto —propietarios—²⁶. El asunto es tan complejo que cualquier solución de trazos gruesos se revela insatisfactoria. Además, resulta que en su obra más acabada sobre el Derecho (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*), HEGEL restringe el hurto famélico a situaciones de miseria y emergencia por parte del necesitado, y desde luego no reconoce un derecho general a la sublevación por falta de reconocimiento a la clase social desposeída, cuya existencia HEGEL reconoce y lamenta²⁷. A diferencia de KANT, eso sí, HEGEL eleva la acción del necesitado a estatus de *derecho*, pues, en sus propias palabras, “lo necesario es vivir *ahora*; el futuro no es absoluto y queda librado a la contingencia. Por eso la necesidad del presente inmediato puede justificar una acción injusta, pues con su omisión se

²² MOLAND, «A Hegelian Approach to Global Poverty», en BUCHWALTER (ed.), *Hegel and Global Justice*, 2012, p. 140. Lo anterior fue descubierto ya por ARISTÓTELES (*Política*, 2009, § 1265 b), para quien la solución era controlar el crecimiento de la población, de lo contrario la superpoblación de la ciudad “sería necesariamente causa de pobreza para los ciudadanos, y la pobreza engendraría la guerra civil y la delincuencia”. Sobre la desigualdad como causa de las revueltas, ARISTÓTELES, *op. cit.*, §§ 1301b ss. Sobre ello, describiéndolo como la conexión empírica entre justicia social y justicia criminal: HEFFERNAN/KLEINIG, «Introduction», en LOS MISMOS (coords.), *From social Justice to Criminal Justice*, 2000, p. 2;

²³ HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 36

²⁴ HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 36.

²⁵ HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, 1997, p. 33.

²⁶ Una referencia clásica: PASHUKANIS, *Law and Marxism: A General Theory*, 1978, 166 ss.

²⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 6ª ed., 2000, § 244. Sobre ello: VIEWEG, «Pobreza y riqueza. Derecho de socorro y derecho de resistencia en Hegel», *Estudios filosóficos*, (39), 2009, pp. 137 ss.; VAUGHAN, *Poverty, Justice, and Western Political Thought*, 2007, pp. 141, 146 ss.

cometería a su vez una injusticia y, en verdad, la mayor injusticia, la total negación de la existencia de la libertad”²⁸.

De las anteriores consideraciones se pretende simplemente evidenciar dos ideas: la primera es que la recepción que hace HONNETH de HEGEL permite comprender claramente que la exclusión social merma las condiciones de reconocimiento recíproco que son el fundamento de lo social, y que por ello el problema no puede reducirse ni al ámbito de lo privado ni al ámbito de la pobreza, sino que ha de pensarse como un problema público, además de expansivo y complejo; la segunda es que el delito de quien no ha sido debidamente reconocido *puede* no tener el mismo significado social que el de quien sí lo ha sido, pues habrá casos en los que el delito mismo será la puesta en escena de un menosprecio injusto, del que la propia sociedad deberá de algún modo corresponsabilizarse y del que deberán extraerse consecuencias en términos de responsabilidad del propio excluido²⁹.

Es cierto que para la víctima el delito es siempre un mal, pues mediante el hurto o el fraude el excluido ha negado una parte de su existencia particular (su propiedad); pero para la sociedad el delito puede ser una oportunidad de mejora, en la medida en que ha puesto a la vista una auto-contradicción que hasta entonces había permanecido oculta. Bajo ese prisma —ojo: sólo bajo ese prisma, ¡pues el delito sigue siendo lo que es para la víctima!— el delito del excluido puede ser visto como una “lucha por el Derecho” en el sentido de IHERING, y por tanto como un acto parcialmente positivo.

En ese esquema, la conocida dialéctica por la que HEGEL describe la relación entre pena y delito puede encontrar un paralelo en la dialéctica que describe la relación entre el delito del excluido y el reconocimiento debido:

(i) Siendo la formulación clásica la siguiente: el delito *niega* la norma, y por ello la pena, al *negar* el delito, *afirma* lo que el delito niega, esto es, la norma;

(ii) en sentido paralelo, es posible aventurar que: la exclusión injusta *niega* el reconocimiento debido, y por ello el delito del excluido, *en la medida en que niegue tal injusticia, afirmará* lo que la exclusión niega, esto es, el reconocimiento debido. Al delito, que en alguna medida es siempre la *negación* de la personalidad del otro, se le suma un contenido *positivo*: la auto-declaración como sujeto que merece reconocimiento, y la afirmación de un vínculo de solidaridad olvidado.

Las anteriores ideas no deberían conducir a la *naïf* conclusión de que los excluidos pueden delinquir impunemente si se sienten poco reconocidos, en tanto sus acciones nos avisan de una enfermedad social y pueden ser interpretadas como positivas: nada indica que esa sea una solución político-criminalmente aceptable, y probablemente tampoco lo sea desde un prisma de

²⁸ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 6ª ed., 2000, § 127 (Agregado); sobre ello, KLESCZEWSKY, «Auswirkungen, Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht - eine Hegelianische Perspektive», *ARSP*, (71), 1997, p. 142.

²⁹ En idéntico sentido: KLESCZEWSKY, *ARSP*, (71), 1997, p. 152; ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2011, pp. 117 s. Sobre la idea de corresponsabilidad social, admitiéndola como corrección necesaria al principio de responsabilidad individual: SILVA SÁNCHEZ, «¿Responsabilidad individual o responsabilidad social en el delito», en EL MISMO, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, pp. 126 ss.; TADROS, J. *Value Inquiry*, (43), 2009, p. 413.

estricta justicia. Ahora bien, tampoco es aceptable lo contrario, y es a grandes rasgos en lo contrario donde nos encontramos, esto es: en una situación, tanto en la teoría como en la práctica penal, en la que carecemos de las herramientas para hacer justicia a dos casos —el delito del ciudadano reconocido y el delito del excluido— que tienen una significación jurídico-política muy diversa.

3. El ciudadano del Derecho penal y su límite en la persona excluida

Las ideas acerca del reconocimiento tienen consecuencias en diferentes planos: desde un punto de vista filosófico el reconocimiento remite a la idea de *identidad*, en el sentido de que al sujeto se lo reconoce como dueño de su vida y sus representaciones, capaz de proyectarse al futuro de modo autónomo y de reconocerse en el “yo” que fue el pasado³⁰; desde un punto de vista jurídico remite a la idea de *personalidad jurídica*, esa máscara que arropa al individuo y lo protege de la arbitrariedad, y que se concreta en el concepto de dignidad y los derechos fundamentales a ella asociados³¹; desde el punto de vista político, por último, el reconocimiento toma la forma de la *ciudadanía*, la que se otorga a los miembros de una comunidad política y a la que se conectan a su vez una serie de derechos de participación en lo social. Toda falta de reconocimiento tiene consecuencias en los tres planos: el esclavo del mundo antiguo, paradigma del “no reconocido”, ve menoscabada su identidad en la medida en que se le considera “posesión animada” del amo, “instrumento activo” a su servicio; ve menoscabada su personalidad en la medida en que carece de derechos *proprios* y queda reducido a su corporalidad; y, por supuesto, carece de ciudadanía, en tanto ésta solo la poseen algunas personas libres³².

Pues bien, si tradicionalmente el Derecho penal ha estado ligado a las dos primeras nociones, esto es, ha conectado la idea de imputación penal a la identidad y a la personalidad³³, en los últimos años ha tomado protagonismo la noción de ciudadanía. El resultado de ello ha sido que el concepto de culpabilidad penal se ha enriquecido considerablemente, y que en algún sentido se ha *politizado*. Así, si en la manualística de hace apenas dos décadas casi no encontramos referencias a la idea de ciudadanía o de participación en los asuntos públicos (el sujeto penal es descrito como un “autor”, o como un “sistema psico-físico”, o como una “persona”), los últimos planteamientos coinciden al describir al sujeto obligado como un *ciudadano*³⁴.

³⁰ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio ‘jurisdiccional’ de imputación de responsabilidad entre agente y acusado», *LH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, pp. 661 ss.

³¹ Ampliamente: TAYLOR, «La política del reconocimiento», en EL MISMO, *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, 2009, p. 58; PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en el Estado de libertades*, 2016, p. 35.

³² Así, ARISTÓTELES, *Política*, 1998, §§ 1253b ss. (esclavo como posesión); § 1254b (esclavo como corporalidad); §1275a ss. (esclavo como no-ciudadano).

³³ Sobre la relación entre identidad e imputación: SILVA SÁNCHEZ, *LH-Gimbernat Ordeig II*, 2008, pp. 661 ss.

³⁴ Muy crítico con esta tendencia, por considerar que el concepto de ciudadanía no añade nada al de “personalidad” en lo que respecta al Derecho penal: DÜBBER, «Citizenship and Penal Law», *New Criminal Law Review*, (13-2), 2010, pp. 190 ss.

Dicha politización es clara y explícita, por ejemplo, en KINDHÄUSER: “una teoría de la pena justa es un elemento de una teoría política”³⁵. La idea general —a partir de la cual se producen significativas variaciones— sería que el Derecho penal, y la pena en concreto, no pueden pensarse como la intervención que un Estado dirige *contra* los intereses del ciudadano que delinque para proteger a los demás o para protegerse a sí mismo, sino que, al contrario, es un Derecho que nos imponemos recíprocamente como ciudadanos iguales de la comunidad, para la consecución de determinados fines sociales³⁶. Vemos, por tanto, un claro tránsito de HOBBS (intercambio de obediencia por seguridad o asistencia) a autores como HABERMAS (obediencia fundada en la deliberación discursiva) o HONNETH (obediencia fundada en el reconocimiento recíproco). En virtud de dicha transición parece que al Derecho penal no le basta con un delito culpable cometido por una *persona* para justificar la imposición de una pena, sino que es preciso además algún tipo de vínculo político que permita decir que el Estado tiene legitimidad para hacer responder a una persona que, por su parte, tiene la obligación de obedecer sus normas. Ese vínculo se llama, por tanto, ciudadanía³⁷.

Como se verá, las diferencias comienzan a aflorar cuando los distintos autores dan contenido tanto a la ciudadanía misma como a su peso específico en relación a la fundamentación de la pena. Sea como fuere, el impacto de esta politización en la justificación del castigo del excluido social es evidente: si el excluido es fácilmente reconocible como un “autor”, como una “sistema psico-físico” o como una “persona”, no está tan clara su caracterización como un “ciudadano”, como un “partícipe” o como un “igual” en el seno de la comunidad política. El excluido es, por definición, un “des-igual” respecto de aquéllos de cuya comunidad constituye un externo, un extraño; a continuación, abordaré de qué modo, precisamente por esa desigualdad, el castigo del excluido es difícilmente considerable legítimo desde las teorías más recientes del Derecho penal del ciudadano.

3.1. El ciudadano deliberativo de GÜNTHER y KINDHÄUSER

Los autores que con mayor intensidad han defendido el papel de las nociones de ciudadanía y participación en la fundamentación jurídico-política de la pena son Klaus GÜNTHER y Urs KINDHÄUSER, cuya estela han seguido otros de modo muy destacado, como por ejemplo MAÑALICH. En su principal obra —*Schuld und Kommunikative Freiheit*—, GÜNTHER trata de trasladar al Derecho penal las consecuencias del principio de discurso de HABERMAS, según el cual: “válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos

³⁵ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 11; también, MAÑALICH, «Pena y ciudadanía», en KINDHÄUSER/EL MISMO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 118, habla de la validez de la pretensión de fidelidad al Derecho como una “pregunta política”.

³⁶ DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, 2015, p. 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”. También, con variaciones: PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 11, 86 ss.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XVII.

racionales”³⁸. El argumento, en buena medida deudor tanto de ROUSSEAU como de KANT³⁹, vendría a sostener que el sistema político debe estar configurado de tal modo que las leyes en él promulgadas puedan ser conceptualizadas —gracias a la participación ciudadana— como unas que los ciudadanos se dan a sí mismos, gracias a lo cual están legalmente obligados por ellas.

Desarrollando esta idea, GÜNTHER afirma que el castigo es legítimo en la medida en que se aplica a personas deliberativas, estatus que identifica con la posibilidad de participar en las interacciones sociales como un igual, con capacidad crítica respecto a las conductas propias y ajenas y de posicionamiento en los procedimientos democráticos⁴⁰. Al ciudadano deliberativo se le imputa un doble rol: como destinatario de las normas, donde aparece como obligado por ellas; y como autor (potencial) de esas mismas normas, en la medida en que tuvo oportunidad de ejercitar sus derechos de participación para refrendarlas o para proponer otras distintas⁴¹. Fuera de ese intercambio reglado de roles y allá donde están vedadas las posibilidades de participación y deliberación no es posible hablar de normas legítimas, pues éstas estarían edificadas sobre una especie de paternalismo político (“el Estado sabe mejor que yo lo que me conviene”) que contradice el principio de autonomía y la idea rousseauniana de que el ciudadano sólo es libre cuando obedece normas que él mismo se ha dado.⁴²

Lo fundamental del planteamiento de GÜNTHER, también del de KINDHÄUSER o MAÑALICH, es que en él se hace depender la legitimidad del castigo, y por tanto e indirectamente el deber de obediencia del ciudadano, de la exigencia de una configuración política democrática del Estado: así, “un ordenamiento jurídico ilegítimo no puede declarar a nadie culpable”, entendiendo por ilegítimo uno que no permita deliberar y participar a los ciudadanos en la conformación de las normas cuyo incumplimiento se les va a imputar; *sensu contrario*, sólo un Estado democrático donde los cauces de participación funcionan de modo generalizado puede imponer legítimamente penas.⁴³ Lo que imponga un Estado no democrático a sus súbditos, sostiene, debe ser algo distinto a lo que en un Estado democrático se impone a los ciudadanos como

³⁸ HABERMAS, *Facticidad y validez*, 2005, p. 172.

³⁹ Así, la formulación clásica, ROUSSEAU, *Del contrato social*, 1998, p. 38; KANT, *Fundamentos para una metafísica de las costumbres*, 2002, pp. 119 ss.; formulado de modo más contemporáneo, HABERMAS, *Facticidad y validez*, 2005, p. 95: “En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntamente racional de ciudadanos políticamente autónomos”. Sobre ello, WELZEL, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, 2006, pp. 320 ss. Críticamente: PAWLIK, “Selbstgesetzgebung der Regierten”: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur», en *Recht und Politik*, ARSP, (93), 2004, pp. 115 ss.

⁴⁰ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 245 s.

⁴¹ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 163 ss., 213; MAÑALICH, en KINDHÄUSER/EL MISMO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 120. SÁNCHEZ OSTIZ (*La libertad del derecho penal: Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, p. 202) interpreta lo anterior como una ampliación de la libertad relevante a efectos de imputación mediante la exigencia añadida de una “libertad política”.

⁴² Cfr. GARZÓN VALDÉS, «Consenso, racionalidad y legitimidad», *Isegoría*, (2), 1990, pp. 22 s.; KINDHÄUSER, «Retribución de culpabilidad y pena», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 162.

⁴³ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 4; en idéntico sentido: KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 227: “sólo en una sociedad democráticamente constituida puede fundamentarse la culpabilidad jurídico-penal con arreglo a principios estrictamente jurídicos”.

consecuencia del delito. A idéntica conclusión llega KINDHÄUSER, que en lo que a la fundamentación político-democrática del castigo se refiere coincide esencialmente con GÜNTHER: “La pena ha de ser cubierta por una estrategia de humanidad, que ha de perseguir una justa distribución de bienes y posibilidades de desenvolvimiento. En el contexto de relaciones sociales injustas no hay espacio para la estabilización de la validez de normas mediante pena”⁴⁴; y añade: “el derecho penal sólo es legítimo en el marco de un Estado democrático de derecho”⁴⁵.

Existen, no obstante, dos matices importantes en este planteamiento. En primer lugar, lo relevante no es que el sujeto castigado haya participado *efectivamente* en las normas cuya infracción se le imputa (no se indaga en si el acusado ha votado o no, o si milita en algún partido, ni se establece con él “un diálogo airoso”⁴⁶), se trata simplemente de que haya *podido hacerlo* según unos cauces formalmente establecidos; que no lo haga —porque se trate de un ciudadano apático o despolitizado por propia voluntad— no implica que su infracción no pueda ser sancionada legítimamente, pues lo relevante es que tenía la facultad de realizar el potencial crítico que los procedimientos democráticos le sirven como su derecho ciudadano (derecho a formar un partido, a criticar las normas, a proponer su modificación, a votar, a manifestarse, etc.)⁴⁷. Por otra parte, tampoco corresponde al Estado indagar ni exigir una correspondencia entre la motivación interna del sujeto y las normas que debe cumplir: aunque estos autores hablan repetidamente de la fidelidad del ciudadano al Derecho, se trata de una fidelidad *externa* y no *interna*. En virtud del mandato de neutralidad asociado al Estado contemporáneo, pluralista y secularizado, y aun a pesar de que el legislador deba establecer normas dignas de respeto y merecedoras de seguimiento por convicción, es suficiente con que los ciudadanos adecúen su comportamiento a lo exigido por las normas en el plano externo, independientemente de los motivos que les muevan a ello. La pena es, en cualquier caso, un motivo instrumental (“si no cumplo sufriré un mal”, lo que KINDHÄUSER denomina “efecto intimidador”) que complementa un sistema de normas fundado no instrumentalmente sino sobre el entendimiento discursivo o racional (“cumplo normas porque es correcto o justo y porque nos las hemos dado recíprocamente”, lo que denomina “efecto integrador”)⁴⁸.

a) Límite: ¿es el excluido social un ciudadano deliberativo?

Más allá de las críticas generales que se han vertido contra GÜNTHER o KINDHÄUSER —a las que me remito⁴⁹—, resulta problemático del planteamiento las dificultades para justificar mediante el paradigma deliberativo el castigo que recae sobre el sujeto social o políticamente excluido. Una

⁴⁴ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 12.

⁴⁵ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 231.

⁴⁶ KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 113; MAÑALICH, en KINDHÄUSER/EL MISMO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 121.

⁴⁷ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 227.

⁴⁸ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 23.

⁴⁹ SÁNCHEZ OSTIZ, «Recensión a Klaus Günther, Schuld un Kommunikative Freiheit», *InDret*, (3), 2006; PAWLIK, «Der Bürger möchte bestraft werden», *FAZ* (14/3/2005); EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 86, nota 53; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 38 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», *ADPCP*, (15), 2012, pp. 111 ss.; CIGÜELA SOLA, «Derecho penal y exclusión social», *Isonomía*, (43), 2015, pp. 136 ss.; EL MISMO, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, pp. 265 ss.

de las críticas principales contra el planteamiento es que en las condiciones socio-políticas de las democracias actuales la justificación democrática del castigo es en sí misma problemática: según ha sostenido SILVA SÁNCHEZ, el contexto “populista, tecnocrático y partidocrático”⁵⁰ en el que se elaboran las leyes dificulta conceptualizar el resultado como algo surgido de una deliberación racional, inclusiva y espontánea de los ciudadanos. El ciudadano actual tiene, respecto al proceso de elaboración de las normas, un papel mucho más cercano al de “espectador” que al de participante; y el hecho de que cada cuatro años exista la posibilidad de votar —por cierto, entre posibilidades pre-establecidas y en un porcentaje normalmente bajo— no parece modificar demasiado el carácter deliberativamente pobre del procedimiento⁵¹.

Pues bien, si esta justificación es problemática para el ciudadano “incluido” —aquel que vota, está informado y eventualmente se asocia para influir en las decisiones políticas—, mucho más cuestionable lo es respecto a los sujetos que viven en condiciones de marginalidad. La razón es que estos sujetos se definen más bien por su “indiferencia ante el código jurídico legal/ilegal”⁵², al que perciben como eminentemente extraño, o como algo frente a lo que uno debe tomar precauciones más estratégicas que participativas; así, el sujeto que vive de la recogida de chatarra y del menudeo focaliza su energía en evitar que la policía le coja y no en formar una asociación para promover la legalización de su actividad.

Respecto a los excluidos tampoco funciona la lógica del espejo que emplea KINDHÄUSER para justificar la obligatoriedad de las normas: “los ciudadanos del Estado —dice— se miran al espejo cuando establecen los criterios bajo los cuales ellos han de quedar vinculados o exonerados en su rol de destinatarios de normas”⁵³. Precisamente por el carácter tecnocrático, partidocrático y habitualmente elitista de la representación parlamentaria resulta difícil conceptualizar las normas como el resultado de un espejo inclusivo; debería hablarse, más bien, de un espejo deformado, donde determinados intereses están sobre-representados (no sólo mayorías electoralmente relevantes, sino también minorías influyentes y organizadas) y otros infra-representados (colectivos marginados, individuos irrelevantes política y electoralmente, etc.). Como se ha desarrollado ampliamente en sociología política, la incidencia en los procesos de formación de la voluntad legislativa constituye hoy en día el producto de una coordinación extraordinariamente compleja; tan compleja que en la actualidad está profesionalizada, y adopta la forma de *lobbies* y otros intermediarios y especialistas. La población que habita los espacios marginales carece de esa especialización a la hora de defender sus intereses políticos, no sólo porque ellos mismos raramente la pueden obtener, sino porque tampoco pueden contratar a quienes sí la tienen. La misma dificultad que tienen los excluidos y marginados sociales para acceder a una defensa jurídica solvente que les ayude a defender sus intereses en juicio^{54/55} la tienen para acceder al

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad», *LH-Suárez Montes*, 2013, p. 717.

⁵¹ LUHMANN, «Wie haben gewählt? Aber haben wir wirklich gewählt — oder hat das Volk gewürfelt?», *FAZ* (22.10.1994), p. 29.

⁵² LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 1995, p. 57.

⁵³ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 231; de modo similar, MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal: Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, p. 298: “las normas deben reflejar los rasgos de los sujetos que las alumbran”.

⁵⁴ KARMEN, «Poverty, Crime, and Criminal Justice», en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to*

activismo político profesionalizado que les permitiría defender sus intereses políticos en el parlamento. La falta de reconocimiento que sufren determinados sujetos en la sociedad tiene entre sus manifestaciones, por tanto, precisamente un menosprecio de sus intereses en el espejo en el que el ciudadano medio ficticio se mira al legislar⁵⁶.

Para ALEXANDER⁵⁷ la segregación racial que todavía pervive en EEUU en la forma de encarcelamiento masivo de negros e hispanos cuenta entre sus causas la poca representatividad política de dichas minorías, las cuales, especialmente en lo que la legislación anti-drogas se refiere, han sufrido la legislación penal de un modo desproporcionadamente superior al resto de la comunidad. Unos pocos datos serán suficientes para comprobar de qué modo lo anterior se puede traducir en números: según un conocido informe de *Human Rights Watch*⁵⁸, en siete de los Estados que componen EEUU los afroamericanos constituyen entre el 80 y el 90% de quienes son encarcelados por drogas; y en 15 Estados los negros ingresan en la cárcel en una proporción que oscila en 20 y 57 veces superior a la de los hombres blancos. En 2006, por ejemplo, uno de cada 14 hombres negros estaba en prisión, cifra que se reduce a uno de cada 106 para hombres blancos. Los datos son escalofriantes: teniendo en cuenta que la población negra no supera en EEUU el 13% y que los blancos constituyen alrededor del 75%, resulta que la población de presos en 2014 era de 516.900 presos negros (37%) por 453.500 blancos (el 32%).

Pero al ciudadano deliberativo de GÜNTHER o KINDHÄUSER no sólo se le atribuyen capacidades de participación política, sino que se le atribuyen también determinadas capacidades como “hablante”. Importando aquí exigencias relacionadas con la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS, estos autores sostienen que el discurso que subyace a la práctica penal es un discurso orientado al entendimiento, donde personas que se reconocen mutuamente intercambian razones sobre sus diferentes opiniones, decisiones y perspectivas, y están abiertos a cambios producidos por las razones ajenas. Este tipo de práctica discursiva se opone al discurso instrumental, orientado al éxito, donde los participantes aparecen “objetivados”, esto es, como objeto de una estrategia que puede implicar manipulación y engaño. En palabras de KINDHÄUSER: “con la admisión de un diálogo racional se reconoce de manera implícita el principio de que solamente vale la coacción del mejor argumento. Éste es el principio discursivo de la igualdad de derechos y de la corresponsabilidad solidaria de todos los intervinientes”⁵⁹.

El propio penalista alemán reconoce que este principio es una idea regulativa respecto a la cual todavía queda mucho camino por recorrer, y no es mi objetivo aquí cuestionar la validez de una argumentación que, a pesar de su distancia con nuestra experiencia social cotidiana, me parece

Criminal Justice, 2000, pp. 35 ss. Reconociendo este hecho como una perversión de nuestro sistema jurídico: PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 70; alertando de la “des-representación legal” que sufre la clase marginal de color en EEUU, ALEXANDER, *El color de la justicia. La nueva segregación racial de Estados Unidos*, 2014, p. 137; GARGARELLA, «Penal Coercion in Context of Social Injustice», *Criminal Law and Philosophy*, (5), 2011, p. 26.

⁵⁵ Ello había sido advertido ya en 1564 por SANDOVAL, *Tractado del cuidado que se debe tener de los presos pobres*, 1564, § 15: “porque el rico siempre tiene muchos que procure por su causa, y hablen por él: pero el pobre..., como no tenga que dar en el juicio no solamente no es oído, pero aun muchas veces contra justicia oprimido”.

⁵⁶ BUTLER/BROCKMAN, «Do Politicians Racially Discriminate Against Constituents? A Field Experiment on State Legislators», *American Journal of Political Science*, (55-3), 2011, pp. 463-477, quienes demuestran en un experimento que los legisladores estatales son menos receptivos a las demandas de las minorías que de las mayorías (en este caso en algo muy concreto como la petición de asistencia en el registro para votar).

⁵⁷ *El color de la justicia*, 2014.

⁵⁸ «Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs», *HRW Reports*, (12-2), 2000.

⁵⁹ KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 88.

convinciente como desiderátum. Sin embargo, la táctica de KINDHÄUSER y GÜNTHER de exigir una racionalidad tan rica en presupuestos — comunicativos, sociales, políticos, etc. — tiene un efecto impeditivo a la hora de ser aplicada a buena parte de la población. Pongamos por caso el ejemplo de los mendigos: si uno hace un compendio de las leyes políticas (de seguridad ciudadana, por ejemplo), prácticas policiales e incluso de las nuevas formas de prevención situacional arquitectónica o urbanismo preventivo (plazas duras, bancos y espacios que pinchan y demás medidas “anti-mendicidad”⁶⁰), reparará fácilmente en que, en la tarea de prevenir los problemas derivados de la mendicidad, los propios mendigos aparecen como “objetos” de una estrategia, como “molestias” para una ciudad en la que ellos no están implicados como partícipes. Muy a menudo nuestra respuesta social frente a estas personas no es la de protegerlas — y son muchas las amenazas que les acechan⁶¹ —, sino la de protegernos de ellas.

También en la comunicación social estos individuos suelen aparecer objetivados; se podrían poner múltiples ejemplos, con el de un artículo de un periódico español de hace unos años bastará: “Los vagabundos se enquistan en las plazas emblemáticas de Barcelona”, rezaba el titular⁶². En fin, incluso si analizamos nuestras propias actitudes como “sujetos incluidos” frente a mendigos o drogodependientes nos daremos cuenta de los problemas que estos sujetos tienen a la hora de comunicar sus pretensiones o incluso de hacer escuchar sus razones, por inválidas que éstas nos puedan parecer a los demás. Siendo así, parece que también en el plano de las exigencias comunicativas encontramos una insuperable distancia entre el ciudadano deliberativo y muchos ciudadanos reales, mendigos, drogodependientes y, en menor medida, otros excluidos, que sólo aparecen en nuestra práctica comunicativa o bien “estigmatizados”⁶³, o bien como “instrumentos” de una táctica preventiva objetivante. Precisamente por ser objetivados por el lenguaje sólo pueden entender las normas de un modo igualmente instrumental. Sería cínico, concluye PAWLIK, decirle al drogodependiente: “sí, en un sentido amplio tú, drogodependiente, sin título escolar, que solo te sustentas a base de la comisión de delitos, podrías también escribirle al Parlamento alemán y de esta forma influir en el ordenamiento jurídico-penal”⁶⁴.

Así las cosas, el excluido se define precisamente por vivir en condiciones de “desigualdad” en su relación con el ciudadano deliberativo, como también en condiciones de libertad material restringida, en tanto las dificultades para acceder a determinados derechos y bienes (educación, sanidad, cultura, socialización, etc.) limitan la realización libre de su personalidad y su interacción con terceros. Desde un planteamiento puramente preventivista todos estos matices relativos al contexto estigmatizador pueden parecer irrelevantes, datos naturalísticos que nada dicen sobre la capacidad del Derecho de asegurar su propia vigencia; no así desde los

⁶⁰ Ver: GOSÁLVEZ, *El País* (15.06.2014): «Ciudades que pinchan» (disponible online en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/06/13/actualidad/1402683725_100674.html).

⁶¹ Un reciente artículo de *El Mundo* (Lantigua, «El auge del odio», 16/11/2016) reporta que, según el estudio de Rais Fundación (especializada en cuestiones violencia contra las personas sin hogar), en España cada 20 días muere un “sin techo” por agresión, y que la mitad de ellos (que se cuentan aproximadamente por 30.000) ha sufrido delitos de aporofobia (de odio al “pobre”). La invisibilidad de estos sujetos es tanto política (la aporofobia no encuentra reconocimiento en la legislación) como mediática, en la medida en que apenas encuentra reconocimiento en los medios más que anecdóticamente.

⁶² ESPANYOL, *La Razón* (01.3.2011): «Los vagabundos se enquistan en las plazas emblemáticas de Barcelona».

⁶³ Ampliamente, GOFFMAN, *Estigma. La identidad deteriorada*, 2009.

⁶⁴ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 69.

planteamientos de GÜNTHER, KINDHÄUSER o MAÑALICH, los cuales deberían derivar automáticamente en la incapacidad por parte del Estado excluyente de elevar un reproche de culpabilidad contra el sujeto excluido en cuestión. Si se acredita en el seno del proceso —lo que no parece imposible— que la persona que está siendo juzgada no tuvo apenas oportunidades de pronunciarse y adoptar una postura crítica respecto de la norma cuya infracción se le imputa (por haber vivido en condiciones de marginalidad, por no haber sido escolarizado, etc.), entonces su condena sólo puede ser descrita como una imposición heterónoma que aquél no puede, tampoco la comunidad, reconocer como legítima⁶⁵.

Esta conclusión ha sido ensayada, desde la teoría del discurso, por MARTÍN LORENZO, quien considera que falta la culpabilidad allá donde “falta el presupuesto concomitante de una accesibilidad real al proceso de producción de normas”, y que por ello la “falta de oportunidad de participar públicamente (...) podría servir de base a eximentes y atenuantes relacionadas con la falta de oportunidades sociales”⁶⁶. Con ello desarrolla fructíferamente la intuición más acertada del planteamiento, a saber: es difícil legitimar un castigo frente a ciudadanos que no pueden reconocer las normas como propias, más aún lo es frente a un sujeto que ha sido excluido y estigmatizado por la misma comunidad que pretende reprocharle un comportamiento. Sin embargo, el desarrollo de esta hipótesis debe realizarse de un modo conceptualmente refinado, y en mi opinión no colocando el límite a partir del cual la pena deja de ser legítima en la posibilidad de deliberar políticamente: primero, porque es una minoría social la que participa activamente en la deliberación política, y porque la deliberación misma, como se verá, es sólo una de las diferentes dimensiones de la ciudadanía y en todo caso no la fundamental (vid. *infra* 4); y segundo y principalmente, porque existen obligaciones penales que son autónomas respecto de dicha deliberación, en el sentido de que uno no se compromete a no matar o a no violar porque haya deliberado sobre la norma que lo castiga, sino porque no existe en absoluto el derecho a llevar a cabo tales comportamientos.

3.2. El ciudadano cooperativo de PAWLIK

La otra gran propuesta reciente en términos de *Derecho penal del ciudadano* corresponde al penalista alemán Michael PAWLIK, quien en su libro *Das Unrecht des Bürgers* elabora una teoría de la pena y del injusto basados en un concepto de ciudadanía en buena medida contrapuesto a los anteriores⁶⁷. PAWLIK opone al ciudadano deliberativo de GÜNTHER otro tipo de ciudadano, que podríamos denominar como *ciudadano cooperativo*, al que se atribuye la responsabilidad de cooperar por el mantenimiento del estado de cosas que favorecen la libertad⁶⁸: si el primero pone

⁶⁵ Interpretando a GÜNTHER en ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, LH-Suárez Montes, 2013, p. 719.

⁶⁶ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, p. 321. Añade la autora que “no se trata de sugerir una eficacia indiscriminada de las circunstancias sociales, (...), pero sí de llamar la atención sobre un posible anclaje normativo para modulaciones de la responsabilidad que tengan en cuenta el déficit material de la garantía formal”.

⁶⁷ El autor ya había delineado buena parte de su planteamiento anteriormente, principalmente en *Person, Subjekt, Bürger*, 2004; y, en lengua española, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, libro que recoge las conferencias que su autor pronunció el mismo año en la Universidad Pompeu Fabra y el informe de las discusiones.

⁶⁸ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 125: “¡Cumple con tu deber de cooperar en el mantenimiento del estado de libertades existente!». Esto es lo que el Derecho penal exige a cada uno de los ciudadanos”; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 56 s.

el énfasis en un estado de cosas políticamente determinado (una democracia participativa), PAWLIK lo pone en un estado de cosas *jurídicamente determinado* (Estado de libertades); por otra parte, a la libertad comunicativa del ciudadano deliberativo, de corte habermasiano, PAWLIK opone una libertad como autodeterminación, de raíz hegeliana, que reconoce al individuo la facultad de “conducir su propia vida conforme a sus propias representaciones”, facultad que el Derecho penal tiene como objeto asegurar⁶⁹.

Las palabras del propio autor ilustrarán en mejor medida la contraposición:

Aunque a los demócratas radicales no les guste oír esto, para el individuo la perspectiva de poder vivir seguro y en paz en el día a día entre unas elecciones y otras tiene mucha más relevancia, en lo que se refiere a la libertad, que el derecho a la participación democrática. Por consiguiente: la alternativa primaria de la teoría de la libertad no reza: democracia o no democracia, sino: Estado civil o estado de naturaleza. También un Estado democrático tiene que ser primero un *Estado*. Por tanto, tiene que realizar las prestaciones que se esperan de un Estado —en primer lugar, la garantía de la paz—. El Estado fracasará en esta tarea mientras esté en duda el deber de obediencia de sus ciudadanos. Por consiguiente, el deber de obediencia de los ciudadanos se tiene que vincular a la estatalidad del Estado y no solamente a la constitución democrática de este último.⁷⁰

Para PAWLIK el aspecto esencial de la ciudadanía no es tanto la participación en los procesos democráticos como el mantenimiento de un estado de cosas que asegure la libertad y la seguridad. No se trata, sin embargo, de un concepto de seguridad pobre à la HOBBS, sino de uno algo más rico, que engloba, por un lado, la capacidad de disfrutar pacíficamente de los derechos (lo que denomina muy gráficamente como “dominio de la normalidad”) y, por otro, la capacidad del ciudadano de conducir su vida según sus propias representaciones (“auto-determinación”). En contra de las ideas de HOBBS, lo anterior excluye que la seguridad pueda alcanzarse mediante el terror de las leyes o mediante una “heterodeterminación abrumadora” por parte del Estado⁷¹; pero ello implica, asimismo, que algunas de las cargas del mantenimiento del Estado de libertades deban trasladarse desde el propio Estado a los individuos, que deben asumir ciertos deberes de cooperación como precio de su auto-determinación. Dicho de otro modo, siendo la paz social una realidad extremadamente compleja de alcanzar, el único modo de hacerlo, evitando al mismo tiempo un Estado absolutista, es asumiendo los propios ciudadanos la contribución al mantenimiento y defensa de ese estado de libertades. “La retirada de instancias externas de disciplinamiento —dice PAWLIK— tiene que ser compensada mediante una autodisciplina de los miembros de la comunidad en Derecho”⁷², y esa es la única fórmula posible, concluye, para armonizar paz social y libertades individuales.

⁶⁹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 99 ss.; EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 76 s.; EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 95.

⁷⁰ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 40; ver también: *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 107, nota 594.

⁷¹ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 36. A pesar de que la teoría política que subyace al planteamiento de PAWLIK otorga más espacio a la libertad que la que cabe en el Leviatán, lo cierto es que la influencia de HOBBS en su planteamiento no es menor, especialmente en lo que respecta al hecho de que el Estado se legitima fundamentalmente por medio de la seguridad que proporciona, como enseguida se verá.

⁷² PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 36. EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 84: “una sociedad no puede apoyarse únicamente en el poder de las instituciones y ello porque su capacidad de actuación es muy limitada. Por ello, la responsabilidad del mantenimiento de un determinado estadio de juridicidad afecta directamente a cada ciudadano individual”.

La idea de ciudadanía tiene aquí, por tanto, un significado muy diverso al de la teoría del discurso: implica, básicamente, que el ciudadano que reclama autodeterminación no sólo se convierte en “responsable *frente al Derecho*”, sino que su rol como ciudadano implica también “que es responsable *del Derecho*”⁷³, no tanto en el sentido de que deba deliberar y votar sobre las normas (lo que PAWLIK no excluye, por supuesto⁷⁴), sino en el de cooperar en el mantenimiento del Estado de libertades existente. ¿Implica esto que el ciudadano es responsable directo del bien común, al estilo comunitarista? En absoluto, dice PAWLIK, pues una responsabilidad de tales características sería, en una sociedad compleja como la contemporánea, “inconmensurable”; al ciudadano le compete solamente la realización de “las tareas concretas de sus roles sociales”, ni más ni menos⁷⁵.

Por otra parte, para PAWLIK la relación ciudadano-Estado es una relación de *estricta reciprocidad*⁷⁶. Tres serían las características básicas del estado de libertades públicamente garantizado que fundamentan el deber de cooperación de ciudadano:

(i) La primera es la garantía de la *paz social* o el “dominio de la normalidad”. PAWLIK cita aquí a KERSTING: la normalidad impera “cuando los presupuestos de la felicidad humana y del éxito, del desarrollo personal propio y de la autorrealización ética se han convertido en una obviedad que pasa inadvertida, cuando se ha expulsado la violencia del espacio interpersonal, cuando existe confianza en el futuro, cuando las expectativas alcanzan una estabilidad que rige el actuar, cuando impera la fiabilidad recíproca”.⁷⁷

(ii) La segunda premisa del Estado de libertades sería el *reconocimiento de la personalidad*, esto es, la “envoltura simbólica” que el Derecho coloca en torno a cada ciudadano individual para protegerlo de la arbitrariedad y de intromisiones injustificadas externas⁷⁸; aquí PAWLIK remite de algún modo a la ética del reconocimiento anteriormente explicada, en su vertiente jurídica.

(iii) La tercera y última sería la *libertad en su aspecto concreto*: basándose en la ya analizada idea de personalidad de HEGEL, PAWLIK sostiene que la persona encarna la libertad en su forma abstracta, y que es en el Estado donde dicha libertad se concreta, tanto en el sentido de “ser reconocida por la sociedad” (soy libre en tanto mi libertad es reconocida y respetada), como de realizarse en el *disfrute* del propio derecho (subjetivo) en el sentido de KANT⁷⁹. Este presupuesto implica la provisión a los sujetos de un “equipamiento básico de bienes materiales” o “garantía básica

⁷³ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 36; EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 84; EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 85.

⁷⁴ PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 95, nota 101, donde afirma que “la libertad jurídica no sólo tiene un componente liberal sino también democrático”.

⁷⁵ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 44.

⁷⁶ PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 95: “el Derecho penal debe procurar, por un lado, la delimitación y el establecimiento de garantías de los espacios jurídicos a disposición de cada persona y, por otro, garantizar las condiciones básicas infraestructurales que permitan al individuo hacer un uso efectivo de su libertad”.

⁷⁷ KERSTING, *Politik und Recht*, 2000, p. 128, citado en PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 41.

⁷⁸ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 40 s.

⁷⁹ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 48 s.

económica”, como también de un “notable estado de conocimientos”, ambas cosas necesarias para alcanzar un “poder de acción sobre la propia existencia física, psíquica y moral”⁸⁰.

En una tradición que va desde la ciudadanía tal y como era entendida en Roma hasta BODIN⁸¹, el *ciudadano cooperativo* es visto, desde la perspectiva de las prestaciones del Estado, como un *ciudadano protegido* en su seguridad, en su personalidad y en su libre disfrute del Derecho⁸². Como ha sostenido también SILVA SÁNCHEZ, es esa protección —y no la posibilidad de influenciar en los procesos democráticos— lo que justifica la imposición de deberes penales a los ciudadanos: entonces “el Estado sólo 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”⁸³.

Una vez definido el planteamiento básico de PAWLIK, donde el lector advertirá una politización no menor —aunque bien diferente— que la de GÜNTHER, es posible detallar el concepto de delito y de pena del profesor alemán: “delito significa lesionar el deber del ciudadano de cooperar en el mantenimiento del *estado existente de libertades jurídicamente constituido*”; pena significa, por su parte, “retribución del quebrantamiento de ese deber”, afirmación, a costa del infractor, de la “indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación”⁸⁴. En ese esquema, el ciudadano que sufre la pena no deja de ser ciudadano ni de responder por el “éxito del proyecto de un orden real de libertades”⁸⁵: ocurre que, con el delito, el deber como ciudadano cambia, y la exigencia de cooperación en el mantenimiento del estado de libertades pasa a tomar la forma de un deber de tolerancia respecto a la pena, la cual afirma, a su costa, el orden jurídico por él cuestionado.

Para el tema que nos ocupa es de gran importancia, por último, la intensidad con la que PAWLIK asume la contraposición entre Estado de libertades y estado de naturaleza; contraposición que sirve al autor para realizar una aguda crítica a GÜNTHER. Su planteamiento, critica PAWLIK, además de ser “sumamente ciego frente a la historia” y de “ningunear excesivamente los presupuestos fundamentales de la existencia humana relativos al orden político”, “queda por detrás de la comprensión kantiana conforme a la cual el deber de obediencia se debe desacoplar de la definición de las tareas del Derecho, porque sólo de este modo es posible evitar una

⁸⁰ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 93.

⁸¹ Podemos encontrar el precedente más claro para este aspecto de la teoría del ciudadano de PAWLIK en BODIN, *The Six Books of the Commonwealth*, 1962, Libro 1, Cap. 6, pp. 46 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, *Leviathan*, 2010, Cap. 21. Según WALZER («El concepto de “ciudadanía” en una sociedad que cambia: comunidad, ciudadanía y efectividad de los derechos», en *Guerra, Política y Moral*, 2011, p. 159 ss.) se puede trazar el origen hasta la ciudadanía tal y como era entendida en la época expansiva del Imperio Romano: “según esta concepción, el ciudadano no es él mismo ninguna autoridad, es más bien alguien a quien las autoridades se comprometen a proteger”. Sobre la importancia de la provisión de protección en la teoría política moderna y pre-moderna: GRACIA MARTÍN, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 465 ss.

⁸² PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 85.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Suárez Montes*, 2013, p. 725; EL MISMO, en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XXI.

⁸⁴ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 57.

⁸⁵ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 95.

perpetuación del *status naturalis*”⁸⁶. Al conectar el deber de obediencia a las normas con la participación de cada ciudadano en su elaboración, sostiene PAWLIK, estamos relativizando dicho deber y poniendo en riesgo un “orden de libertades” que, de hecho, constituye un fenómeno previo y una condición indispensable para la propia existencia de una democracia; recordemos que, según PAWLIK, “un Estado democrático tiene que ser primero un *Estado*”⁸⁷.

Lo cierto es que en este punto PAWLIK toca el punto más delicado de la discusión: si consideramos que el excluido social no forma parte del círculo de los obligados penales por no haber podido participar de la deliberación, ¿no estamos relegándolo a un estado de naturaleza donde las normas no rigen?; ¿es posible para una sociedad mantener el orden, si una parte de la misma, por pequeña que sea, no está obligada por las normas? PAWLIK responde que poner en duda la obligatoriedad de la norma supondría el fin de la sociedad, por lo que el excluido de la participación social, como cualquier otro sujeto no deliberativo o no participativo, está sometido a las normas como el resto de ciudadanos, lo que implica que su situación de privación y dificultad sólo pueda —y deba— ser tomada en cuenta en el momento de la individualización de la pena⁸⁸.

a) Límite: el problema de los barrios segregados

En la teoría de PAWLIK la legitimidad y la obligatoriedad de las normas descansa en una racionalidad menos democratizada que la de GÜNTHER o KINDHÄUSER: al sujeto se le asegura un amplio margen de libertad, se le permite vivir su vida según sus propias representaciones, y como contrapartida se le exige cooperación en el mantenimiento del orden social y responsabilidad por las consecuencias. Qué hacer con la libertad otorgada es cosa de cada ciudadano; sólo si esa libertad infringe los deberes de cooperación que la sustentan puede el Estado reaccionar mediante pena⁸⁹. Ahora bien, incluso una racionalidad como ésta encuentra límites a la hora de justificar el castigo penal del excluido social, al menos de algunos de ellos.

Para entender de qué modo afecta la exclusión social a este planteamiento es necesario atender al concepto de legitimidad que lleva implícito. Para el penalista alemán fundamentar la obligatoriedad de las normas exclusivamente en el principio de auto-legislación supone desconocer que el Derecho, más aún el Derecho penal, presupone momentos de imposición heterónoma⁹⁰. Para PAWLIK lo relevante no es que las normas hayan sido elaboradas por ciudadanos deliberativos sino más bien que dichas normas contribuyan a la protección de la

⁸⁶ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 39.

⁸⁷ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 40.

⁸⁸ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 70. En los informes de la discusión, PAWLIK sostiene que lo anterior tiene un límite, a saber: cuando la exclusión de un sector de la sociedad llega a tal extremo que “se cuestiona la misma personalidad en Derecho”, lo que ocurrió, por ejemplo, con los judíos en el Tercer Reich (p. 67).

⁸⁹ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 56: “El castigo, como ejercicio específico de poder por parte del Estado, debe superar el test de legitimidad del Estado mismo — el test de libertad. En otras palabras, se debe mostrar que el castigo realiza una contribución necesaria a la tarea del mantenimiento de la libertad de las personas, que ‘otorga realidad’ a esa libertad”. En sentido similar, JAKOBS, *Das schuldprinzip*, 1993, p. 35. Críticamente, KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 161.

⁹⁰ PAWLIK, en *Recht und Politik*, ARSP, (93), 2004, p. 121 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XX. Críticamente: KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 163.

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”⁹¹. Se trata, sostiene SILVA SÁNCHEZ, de que “el destinatario de las normas se vea a su vez protegido por éstas”⁹².

Con el giro de la *autolegislación* a la *heterolegislación* el problema se resuelve para los sujetos que no participan en la conformación de las normas pero que están protegidos por ellas, como por ejemplo los inmigrantes sin derecho a voto o las minorías despolitizadas aunque socialmente incluidas. Se mantiene intacto, sin embargo, para otros, a saber: aquéllos a quienes el Estado no protege en su seguridad, en su personalidad o en su disfrute del Derecho. El problema resulta bastante claro cuando se analiza la relación entre el Estado esclavista y el esclavo: el castigo que se inflija al esclavo sólo podrá ser considerado desde una perspectiva fáctica, como mera “coacción” ilegítima, pero no podrá ser descrito como la confirmación de la vigencia del estado de libertades, pues no es posible confirmar la libertad a costa de quien es descrito como una “posesión”. También resulta clara, a mi juicio, la imposibilidad de justificar el castigo en sociedades segregacionistas, donde no se respeta un mínimo de igualdad en el reconocimiento de la personalidad y donde no sólo se excluye el derecho al voto sino también el acceso a la educación o la propiedad: en este caso la pena a un sujeto segregado sólo podría interpretarse como aseguramiento fáctico de un estado de cosas injusto, y en ningún caso se puede hablar de lesión del deber ciudadano por parte del autor. El propio PAWLIK estaría de acuerdo en estos casos, en tanto reconoce que no existe castigo legítimo en un Estado que no reconoce las libertades, y que no existe deber de obediencia respecto a leyes que no tengan justificación en la libertad, esto es, cuyo significado se agote en lo restrictivo⁹³.

Más allá de estos casos extremos, la cuestión es si en nuestras sociedades desarrolladas actuales existen sujetos *desprotegidos* en el sentido mencionado, y la respuesta dependerá de dónde coloquemos el estándar de protección, y de la sociedad concreta que analicemos. Seguramente en Estados Unidos y en Brasil llegaremos a conclusiones diversas a las que llegaríamos en Alemania o en Suecia; sin embargo en buena parte del mundo desarrollado, especialmente en las grandes ciudades, existen efectivamente barrios de algún modo segregados y marginales cuyos habitantes sufren el fenómeno de la desprotección. En muchos casos esa segregación será imperceptible para quien sólo analice las leyes o las declaraciones políticas, pero saldrá a la luz tan pronto como profundice en aspectos tan variados como la arquitectura, la inversión pública o la presencia policial⁹⁴. Sus habitantes suelen compartir, además, características que habitualmente cargan con un estigma social; en EEUU, Sudáfrica o Francia estos espacios marginales están habitados por personas pobres y/o de color o mestizos, y en España por gitanos o inmigrantes igualmente pobres.

Lo más relevante en relación a estos espacios es que a menudo son abandonados al imperio del más fuerte —habitualmente las mafias—, manteniendo el Estado frente a ellos una actitud de

⁹¹ PAWLIK, en *Recht und Politik*, ARSP, (93), 2004, p. 129.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, LH-Suárez Montes, 2013, p. 721; EL MISMO, en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XIX.

⁹³ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 69 ss.

⁹⁴ Al respecto de la segregación arquitectónica, ver: <http://www.unequalscenes.com/projects>.

retirada en lo que a la provisión de seguridad y asistencia respecta. Esa retirada tiene manifestaciones empíricas: estos barrios suelen tener los ratios de delitos violentos más altos de la ciudad, junto con altísimas tasas de pobreza, desempleo, falta de escolarización, concentración racial, además de una esperanza de vida muy inferior a la media social (por ej. Calton, el barrio más depauperado de Glasgow, tiene una esperanza de vida 28 años menor que Lenzie, el barrio rico situado sólo a 13 kilómetros de distancia; en Barcelona la diferencia de barrio rico a barrio pobre es de 11 años)⁹⁵.

La historia prototípica es más o menos conocida entre los sociólogos urbanos y los historiadores de la ciudad: estos barrios un día concentraron a buena parte de los inmigrantes del campo que fueron a trabajar en las industrias urbanas, los cuales, tras los sucesivos procesos de desindustrialización y/o deslocalización, sufrieron un ciclo perverso de desempleo masivo, falta de inversión pública, desalojos sucesivos y degradación social y humana, que convirtió dichos espacios en pasto de las mafias de la droga, la prostitución y las armas. En algunos lugares esa historia varía en algunos aspectos, especialmente cuando entra en juego el aspecto racial, como en Sudáfrica o EEUU, o el aspecto religioso, como en Francia. En cualquier caso, sería un error reducir el problema a lugares puntuales o a contingencias pasajeras: es posible afirmar que la práctica totalidad de las urbes actuales sufren en alguna medida esa segregación, y que los procesos que han llevado a ella no son en absoluto ajenos al propio Estado.

Aun cuando pueda sonar escandaloso o incluso hiperbólico para quien no esté familiarizado con los desarrollos de la filosofía política contemporánea, lo cierto es que el abandono por parte del Estado de ciertos espacios, la suspensión del imperio de la ley que en ellos se produce, la política de tolerancia selectiva respecto de la vigencia de determinadas normas, no constituye ni un producto del azar ni tan siquiera un fenómeno excepcional en nuestras sociedades capitalistas. Al contrario, como han desarrollado pensadores como FOUCAULT, AGAMBEN o LUHMANN, son el producto de decisiones de tipo político, tomadas por un Estado desbordado por la complejidad social, sin los recursos necesarios para imponer la normalidad en todo el territorio y, por tanto, obligado a seleccionar muy cuidadosamente dónde intervenir y dónde “dejar hacer”, dónde prevenir y dónde tolerar, dónde imponer la norma y dónde “suspenderla provisionalmente”.

En el contexto de un Estado en repliegue aparecen lo que AGAMBEN ha llamado “estados de excepción”⁹⁶ y lo que FOUCAULT denominó como “zonas de tolerancia”, esto es, espacios donde la vigencia del Derecho va a ser suspendida o relativizada en beneficio de objetivos económicos (contracción del gasto) o políticos (concentración de la desviación social como medio de control)⁹⁷. En esos espacios, sostiene FOUCAULT, “la puntilliosidad policial, los controles cotidianos van a relajarse puesto que, finalmente, es mucho más fácil dejar a una sociedad un cierto porcentaje de delincuencia, de ilegalidad, de irregularidad”, que procurar la total erradicación con unos recursos crecientemente escasos⁹⁸. Parafraseando aquí la conocida frase de

⁹⁵ Ver: GLASGOW CENTER FOR POPULATION HEALTH, *Accounting for Scotland's Excess Mortality*, 2011. En general: KARMEN, en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to Criminal Justice*, 2000, pp. 27 ss.

(disponible online en http://www.gcph.co.uk/assets/0000/1080/GLA147851_Hypothesis_Report_2_.pdf).

⁹⁶ AGAMBEN, *Estado de excepción. Homo Sacer II*, 1, 2014; EL MISMO, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, 1998. Señalando también esta idea: SILVA SÁNCHEZ, LH-Suárez Montes, 2013, p. 722.

⁹⁷ Relacionando este fenómeno con la pobreza: NICE, «Poverty as an Everyday State of Exception», en FELDMAN *et al.* (eds.), *Accumulating Insecurity: Violence and Dispossession in the Making of Everyday Life*, 2011, pp. 67-110.

⁹⁸ FOUCAULT, «Nuevo orden interior y control social», *Viejo Topo*, (7, extra), 1978, p. 165; HUDSON, «Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference», en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to Criminal Justice*, 2000, p. 206.

Gary BECKER, FOUCAULT lo expresa con claridad: la pregunta ya no es “¿cómo castigar los crímenes?, y ni siquiera ¿cuáles son las acciones que es preciso considerar como crímenes?, sino: ¿qué es lo que hay que tolerar como crimen? O bien: ¿qué sería intolerable no tolerar?”.⁹⁹ Lo que FOUCAULT está describiendo es, por tanto, el tránsito de una sociedad disciplinaria en la que el Estado tiende o aspira a imponer la normalidad de modo exhaustivo, puntilloso y generalizado —por cierto, la sociedad en la que piensa PAWLIK—, a una sociedad, la actual, en la que el Estado ya no tiene la capacidad económica o moral para generalizar el “dominio de la normalidad”, por lo que se ve empujado a *seleccionar* y, por tanto, a retirarse de determinadas zonas¹⁰⁰.

Para el planteamiento de PAWLIK lo anterior tiene consecuencias de gran calado: ¿qué sucede con quienes quedan abandonados, por procesos que no les es posible controlar, en espacios donde el “dominio de la normalidad” no existe y donde el Estado ni siquiera proporciona el mínimo de seguridad vital para poder pensar en el futuro? ¿Se puede considerar que esos sujetos reciben la protección y la libertad que legitima su deber de obediencia? De modo más concreto: ¿qué sucede con el joven que decide trapichear con drogas en un barrio donde el propio Estado tolera dicha conducta? Aún más: ¿qué sucede cuando, en el caso más extremo, un joven colabora esporádicamente con la mafia en un lugar donde la propia mafia ejerce algunas de las funciones del “Estado”, como la provisión de “seguridad” frente a terceros?

Es cierto que aquí estamos tratando casos límite, pero es precisamente en ellos donde se comprueba el alcance de una teoría. Y en ese límite se ha de decir algo parecido respecto al planteamiento de PAWLIK que lo que se dijo respecto al de GÜNTHER: si la idea de ciudadano deliberativo dejaba sin explicar buena parte de las penas impuestas en una sociedad desarrollada estándar, en su propia medida la lógica del *ciudadano protegido* deja sin explicar la situación de aquellos que están sufriendo, de modo creciente desde el declive del llamado “Estado providencia” y el auge del neoliberalismo, el abandono y la desprotección del propio Estado, de modo que la teoría —válida en abstracto— ha de corregirse para estos casos. En definitiva, el delito entendido como quebrantamiento del papel de ciudadano sólo puede cometerlo un ciudadano y no un sujeto que haya sido excluido de la seguridad propia de la sociedad civil.

No ajeno a la problemática, PAWLIK propone corregir estos déficits por lo general en sede de individualización de la pena¹⁰¹. Mi opinión es que en muchos casos no es suficiente, pues la individualización sólo responde a la justicia del caso cuando el sujeto es *igual*, por lo demás, al resto de ciudadanos, esto es, cuando goza de una protección y un reconocimiento comparable al estándar social existente; cuando el sujeto parte de una situación de grave desigualdad en términos de protección, por ejemplo por haber crecido en un barrio donde el Estado no garantiza la seguridad o una socialización básica, la individualización a la baja no bastaría por estar tratando cuantitativamente diferencias que son, en el plano estructural, cualitativas. Estas diferencias no deben excluir medidas que impliquen la exención de responsabilidad y deben

⁹⁹ FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica*, 2007, p. 198. La formulación de BECKER era: “«Cuántos delitos deben permitirse? Y en segundo lugar: «cuántos delincuentes deben quedar impunes?»”.

¹⁰⁰ Sobre el carácter intrínsecamente selectivo del poder en la post-modernidad: LUHMANN, «Macht und System. Ansätze zur Analyse von macht in der Politikwissenschaft», *Universitas*, (5), 1977, p. 476; en relación con la educación: WALZER, en EL MISMO, *Guerra, Política y Moral*, 2001, p. 143; ya en el ámbito penal, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2002, § 2, pp. 7 ss.

¹⁰¹ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 68 ss.

abordarse en categorías como el estado de necesidad (justificante y exculpante) y la inexigibilidad¹⁰².

Parece que esta puntualización es aceptada parcialmente por el propio PAWLIK, para quien la individualización sería el criterio corrector sólo para aquellos casos donde la exclusión no es total sino parcial (cuando produce dificultades de integración, pero no imposibilidad), mientras que, para aquellos otros —como el ejemplo de las favelas— en los que la exclusión material es demasiado relevante, PAWLIK considera que lo que se impone al sujeto tras su delito se movería en el terreno de la prevención de peligros en el sentido de VON LISZT. En ningún caso sería una pena retributiva en los términos en que él la concibe. PAWLIK aclara, además, que lo relevante es que estos sujetos gocen de todas las garantías del proceso penal y que en todo caso lo anterior constituye una “constatación (*Befund*)” de la que no podemos estar orgullosos y que él en ningún caso pretende legitimar.¹⁰³ Me parece, en cualquier caso, que el problema merece por parte de la ciencia penal algo más que esa constatación, en la medida en que nada se resuelve con ella en términos de justicia penal para con los excluidos.

Por último, cabría relativizar la idea de PAWLIK según la cual cualquier cuestionamiento de la obligatoriedad de las normas pondría en riesgo el orden social y nos conduciría a un estado de naturaleza. Además de lo que se dirá en el epígrafe siguiente, en lo que al problema del excluido social respecta esta argumentación ha de ser cuestionada de momento en dos extremos: el primero es que, *de facto*, los sujetos que habitan los espacios abandonados anteriormente descritos ya viven en un pseudo-estado de naturaleza, al menos en el sentido de que en ellos no domina la “normalidad legal” sino la “normalidad” que impone el “más fuerte”, en muchos casos las mafias. En ese sentido, sería también cínico decirle al joven que trapichea en el poblado marginal que hemos de castigarle para salvaguardar un “estado de libertades” del que él no se beneficia. Aquí no estamos frente a un *free rider*, sino frente a un *outsider*.

La segunda relativización de la amenaza del estado de naturaleza vendría dada por el argumento de que el *estado civil* en sociedades complejas ya incorpora de hecho un cierto margen de “estado de naturaleza”¹⁰⁴, en el sentido de que existe un altísimo porcentaje de ilegalidades que no se persiguen, lo que implica que existe igualmente un cierto número de normas cuya obligatoriedad, para algunos sujetos y en algunas situaciones, no es tomada en serio (el ejemplo de la persecución del tráfico y consumo de drogas, perseguido en unos contextos y tolerado en otros, es el ejemplo más claro¹⁰⁵). Es muy probable que PAWLIK entienda esta tendencia como algo nocivo para el Derecho penal y el orden social en general, pero en todo caso lo que el hecho implica es que la sociedad es capaz de tolerar ciertos grados de permisividad sin derivar en el

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, LH-Suárez Montes, 2013, pp. 723 ss.

¹⁰³ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 164 (de nuevo, estas ideas pertenecen al informe de discusiones).

¹⁰⁴ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 6ª ed., 2000, § 200, donde desarrolla la idea de que el “Derecho no sólo no elimina en la sociedad civil la desigualdad de los hombres puesta por la naturaleza —el elemento de la desigualdad—, sino que la produce a partir del espíritu y la eleva a desigualdad de la habilidad, el patrimonio e incluso la cultura moral e intelectual”. Esa desigualdad natural, expresada como particularidad arbitraria, constituye para HEGEL un “resto del estado natural”.

¹⁰⁵ ALEXANDER, *El color de la justicia*, 2014, pp. 155 ss., relata, con numerosos datos estadísticos, incluso de la propia Administración americana, de qué modo, siendo el consumo de estupefacientes igual o superior en la población blanca que en la de color, la política de tolerancia respecto al consumo de los primeros es diametralmente opuesta a la política de persecución de los segundos. Las redadas anti-droga en campus universitarios o en zonas residenciales de mayoría blanca prácticamente no existen, mientras que dichas redadas son diarias, y habitualmente violentas, en los barrios marginales donde habita la población de color.

caos¹⁰⁶; la cuestión es, entonces, elegir respecto a quién y en qué casos dicha permisibilidad es políticamente conveniente, pero también jurídicamente legítima. El *status naturalis*, en fin, asoma amenazante por muchos menos lugares de lo que piensan quienes hacen de él una premisa general para mantener la vigencia del Derecho incluso allá donde su aplicación es injusta.

4. La ciudadanía como criterio material multidimensional

Considero que la caracterización del sujeto penal como ciudadano mejora las anteriores descripciones como un simple “autor” o como una “persona”, en la medida en que pone de relieve la necesidad de un vínculo jurídico-político que otorgue al Estado —o por el contrario le deniegue— la legitimidad para reprochar al sujeto su conducta. Me parece, sin embargo, que las dos principales teorías continentales que han producido ese enriquecimiento de los presupuestos de imputación —la del *ciudadano deliberativo* de GÜNTHER y KINDHÄUSER y la del *ciudadano cooperativo* de PAWLIK— sólo han realizado una parte del camino, la que corresponde a la fundamentación del castigo del ciudadano incluido, dejando sin explicar cómo se fundamenta la respuesta punitiva frente al delito del excluido.¹⁰⁷ El problema sería marginal si no fuera porque el reproche penal recae, de modo mayoritario, precisamente en sujetos que no encajan en sus respectivas concepciones de ciudadano: personas que no han tenido la oportunidad real de deliberar y de participar en los procesos de decisión pública, y en menor medida sujetos que no han disfrutado del “estado de libertades” y de la protección pública. Se trata sin duda de “personas”, pero no está claro que sean caracterizables como “ciudadanos”.

Proponer detalladamente una teoría de la ciudadanía alternativa a la de GÜNTHER y PAWLIK constituye un objetivo que excede en mucho las posibilidades de un artículo, más aún si dicha teoría debe permitir dar respuesta a un problema tan complejo como el del castigo del excluido social. Sí que es viable intentar esbozarla, al menos hasta el punto en que sea posible comprender que tanto GÜNTHER como PAWLIK tienen parte de razón pero no la tienen toda.

4.1. Las diferentes dimensiones de la ciudadanía

Del mismo modo que probablemente sea inútil decantarse por *una y sólo una* finalidad de la pena y no intentar una especie de integración¹⁰⁸, pienso que tampoco es útil establecer un concepto formal, unitario y fijo de ciudadanía para fundamentar todo el espectro de normas que constituyen el ordenamiento jurídico, ni siquiera el jurídico-penal. La ciudadanía —al menos en lo que interesa al Derecho penal— constituye más bien un criterio *material, regulativo y gradual*, no unitario, que se despliega en diversas dimensiones:

¹⁰⁶ DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1995, p. 305; también, sobre el hecho de que son una absoluta minoría las infracciones que se persiguen, HUDSON, en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to Criminal Justice*, 2000, p. 206.

¹⁰⁷ Hay que insistir en la excepción de MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, p. 231, quien sí ha ensayado la consideración de la exclusión social como una posible causa de exculpación.

¹⁰⁸ En ese sentido: HÖRNLE, *Teorías de la pena*, 2015, p. 15; KINDHÄUSER, en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 154.

(i) una *dimensión existencial*, que podemos denominar jurídico-material, en virtud de la cual el Estado tiene el deber de proteger la vida y la libertad de sus ciudadanos (ciudadanía como *protección*);

(ii) una *dimensión social*, en virtud de la cual el Estado tiene el deber de asegurar la participación de los ciudadanos en el bienestar socialmente producido (ciudadanía como *provisión*);

(iii) y una *dimensión democrática*, que exige al Estado institucionalizar canales para que los ciudadanos puedan expresar su opinión sobre las políticas públicas y el Derecho, a la vez que modificarlos según los cauces jurídicamente establecidos (derecho la voto, libertad de expresión y manifestación, etc.) (ciudadanía como *participación democrática*).

Por poner a estas dimensiones un momento en la historia de la filosofía política: tendríamos acumulativamente el *Estado* en HOBBS, el *Estado social de Derecho* en HEGEL y luego el *Estado democrático de Derecho* ya en HABERMAS. Lo anterior tiene diversas implicaciones: la primera es reconocer —con PAWLIK¹⁰⁹— la primacía ontológica de la dimensión existencial sobre la social, y la de éstas sobre la democrática. La razón de esta priorización es sumamente sencilla: sólo se puede disfrutar de las ventajas de la democracia cuando antes se tiene el bienestar garantizado (educación, atención sanitaria, etc.) y la seguridad y las libertades básicas protegidas. No vota quien no puede andar hasta su colegio electoral con garantías de no sufrir un ataque violento.

En segundo lugar, la distinción entre niveles, incluso la consideración de la prioridad lógica y política del primero sobre el segundo y de éstos sobre el tercero, tiene efectos regulativos pero en ningún caso describe una separación absoluta: el propio HABERMAS —portaestandarte contemporáneo del paradigma deliberativo— ha reconocido repetidamente la importancia de la “substancia jurídica” de la ciudadanía y la “prioridad de la implementación de los derechos básicos”, en el sentido de que “los ciudadanos deben poder experimentar el *valor de uso de sus derechos* también en la forma de seguridad social y de reconocimiento recíproco”¹¹⁰. El planteamiento deliberativo es, en fin, algo menos ingenuo respecto de las seguridades y libertades básicas de lo que sus críticos a veces pretenden, en el sentido de que también en él los *outputs* en términos de protección juegan un papel como forma de legitimación.

Pero la interdependencia también funciona a la inversa, y esa es una de las cosas que PAWLIK parece pasar por alto. Una de las cosas que nos han enseñado los movimientos civiles y políticos del siglo pasado es que, especialmente en lo que a las minorías respecta, sin representación política es muy difícil conseguir por parte del Estado una protección eficaz y un bienestar suficiente. Sería cínico haberles dicho a los afroamericanos que “sí, que a pesar de no poder votar ellos eran también parte de la comunidad e iban a recibir igual protección y bienestar”, pues precisamente su infrarrepresentación política ha sido siempre proporcional al poco valor que se ha otorgado a sus vidas y a la exclusión que han sufrido en todas las esferas de lo social. En

¹⁰⁹ PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 86, nota 53.

¹¹⁰ HABERMAS, *La inclusión del otro: Estudios sobre teoría política*, 1999, pp. 95 ss.; También, MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, p. 299, nota 140, quien reconoce que la lógica discursiva no tiene pretensiones exclusivas en términos de legitimación, como también que está siempre dispuesta a ser evaluada críticamente.

palabras de WALZER: “la seguridad que garantizan las autoridades no puede experimentarse únicamente de forma pasiva: tiene que ser defendida activamente, a veces en contra de las propias autoridades”¹¹¹. En ese sentido, la legitimación heterónoma también tiene un punto de utopía y debe ser limitada, en la medida en que peca de un exceso de confianza en que *unos* (los blancos varones, educados y urbanos) legislen en protección de *otros* (minorías, mujeres, pobres, población rural, etc.), incluso cuando éstos no tengan capacidad de influir electoralmente. Por tanto, si bien es cierto que el Estado habermasiano presupone la seguridad del Estado de HOBBS, ésta sólo se generaliza allá donde los procedimientos de participación política son incluyentes y significativos, y en todo caso no se pueden dejar en manos de la benevolencia de quienes monopolizan la representación.

4.2. Ciudadanía y delito del excluido: una distinción orientativa

La ciudadanía en los términos que se han explicado permite realizar precisamente el tipo de especificaciones que se echaban de menos en los planteamientos analizados. Así, la idea básica para el Derecho penal es que las diferentes dimensiones de la ciudadanía producen efectos diversos en función de la naturaleza de los bienes sociales que están en juego.¹¹² En ese sentido, el Derecho penal recoge una serie de infracciones que afectan a la idea de ciudadanía, donde la capacidad de deliberación y la representatividad política constituyen el núcleo y por tanto precondiciones del castigo: por ello, entiendo que no es posible castigar penalmente por desobediencia civil a quienes no han tenido la oportunidad —por carecer de derecho al voto o por haber sufrido una discriminación *de facto*— de dar voz a sus demandas y modificar el ordenamiento cuya infracción se les imputa. Por esa razón, buena parte de la criminalización de la protesta que ha tenido lugar en las últimas décadas en EE.UU. —como también en los años 60 y 70— como medida para contener las movilizaciones de los afroamericanos puede calificarse de ilegítima, en la medida en que dicho colectivo ha sido sistemáticamente marginado no sólo en el nivel político sino en todas las esferas del espectro social. Hasta donde ponen bienes existenciales en riesgo, estas movilizaciones son interpretables como una lucha *por el Derecho* y no *contra el Derecho*.

Pero la dimensión democrática de la ciudadanía no afecta del mismo modo a todas las infracciones, en el sentido de que incluso allá donde están obstruidas las vías para una participación social —como sucede en general con los extranjeros, pero también con muchos excluidos— el deber de respetar las condiciones básicas de la existencia debe ser asegurado. A diferencia de lo que ocurre con la dimensión social y la democrática, donde la exclusión material o formal puede hacer decaer la obligación penal respecto de los deberes que tienen como correlato, con la dimensión existencial ocurre lo contrario, esto es: que el Estado retiene por lo general un residuo de legitimidad para hacer responder a quien infrinja las normas básicas que la protegen, aquellas que no están conectadas a la idea de ciudadanía sino más bien a la de

¹¹¹ WALZER, en EL MISMO, *Guerra, Política y Moral*, 2001, p. 163.

¹¹² WALZER, en EL MISMO, *Guerra, Política y Moral*, 2001, p. 152, para quien la ciudadanía constituye un “título inclusivo” y “un valor reproducido por la actividad política democrática en todas las esferas de la justicia”; ahora bien, añade, “la naturaleza de esta reproducción depende, a su vez, de la naturaleza de los bienes sociales que están en juego. La participación en las diferentes esferas adquiere distintas formas”.

dignidad. Así, no puede castigarse legítimamente por delito electoral a quien habita un barrio marginal, pero el Estado no puede retirarse de su obligación de proteger la vida y la integridad incluso allá donde se están padeciendo injusticias, lo que implica mantener la vigencia de esas normas por medio de penas (más o menos corregidas según el caso).

La razón principal para hacer resistir la vigencia de estas normas básicas es que respecto a ellas el principio de autolegislación se da por supuesto. Esto es, la prohibición general de matar, violar o lesionar dolosamente a un tercero no se somete a deliberación política, digamos que va de suyo que el potencial destinatario reconoce que esa norma merece respeto y que subyace a ella una motivación racional. En nuestra práctica política y social cotidiana tomamos de hecho estas normas como indiscutibles, y su vigencia conviene más que a nadie a los propios excluidos, pues son ellos quienes tienen más probabilidades de ser víctimas de delitos cometidos por otros en su misma situación¹¹³. Dicho todavía de otro modo: la razón por la que uno está obligado a no matar a otros arbitrariamente no es que haya participado en la creación de la norma que lo castiga, sino que matar a otros es una conducta irracional y seguiría siéndolo más allá de toda deliberación democrática.

De todo lo anterior se deduce que los diferentes conceptos de ciudadanía que han emergido en la discusión dogmática continental de las últimas dos décadas —el deliberativo y el cooperativo— *tienen todos ellos algo de razón, pero no la tienen toda*, pues formulan dimensiones de un concepto —el de ciudadanía— que para la culpabilidad penal funciona como criterio material regulativo y complejo, y que ofrece prestaciones diversas en función de la norma infringida y del sujeto infractor. En términos generales, por tanto, me parece que la argumentación de PAWLIK acerca del carácter cuasi-incondicionado de la obligación penal es correcta *sólo* ante infracciones graves (delitos contra la vida, la integridad física y las libertades básicas) que ponen en riesgo las condiciones básicas de la existencia; ello implica, a la inversa, que el planteamiento opuesto por GÜNTHER, KINDHÄUSER o MAÑALICH *sólo* es plausible respecto a delitos que no afectan al núcleo de la dignidad o la personalidad humana, esto es, cuando se trata de deberes políticamente condicionados (orden público, salud pública, delitos políticos, algunos delitos contra la propiedad, delitos sin víctimas, etc.) cuya relativización no es capaz de despertar el “fantasma” del estado de naturaleza. Extender la obligatoriedad incondicionada a los deberes secundarios de la comunidad me parece innecesario y excesivo; cuestionarla para los deberes que garantizan la existencia me parece demasiado arriesgado e implausible.

5. Conclusiones

El presente artículo buscaba responder la siguiente pregunta: *¿puede un Estado legítimamente castigar a aquel sujeto cuyo delito está de algún modo conectado a una exclusión producida, perpetuada o tolerada por el propio Estado?* La respuesta es, como no puede ser de otro modo dada la complejidad del asunto, que *depende*. Depende básicamente de un juicio complejo que tiene en cuenta cómo de grave es la exclusión y a qué bienes afecta, y a su vez cómo de grave es el delito y

¹¹³ Ver KARMEN, en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to Criminal Justice*, 2000, pp. 31 ss.

qué protegen las normas que el autor ha infringido. Así, la *exclusión* afecta de modo diverso a la capacidad del Estado para imponer la *pena* en función del *delito* de que se trate: a mayor exclusión y menor gravedad del delito mayor probabilidad habrá de que la pena decaiga como respuesta merecida y necesaria; a la inversa, a menor exclusión y mayor gravedad del delito mayor probabilidad habrá de que la pena se mantenga como única vía posible para mantener la vigencia fáctica de las normas que protegen la existencia. Por su parte, el concepto de ciudadanía sirve, en su *materialidad*, para determinar la gravedad de la exclusión (si es existencial, social o democrática), como también para ponderar la gravedad de la norma infringida (qué bienes protege la norma y cómo de condicionada está su obligatoriedad).

Más allá de estas distinciones generales y necesariamente abstractas, la solución justa a los problemas que la exclusión pone encima de la mesa del penalista debe ser concretada en la teoría del delito. Así, enriqueciendo las diferentes categorías que la componen será posible convertir adecuadamente el déficit de legitimidad del Estado en un deber de contención y corresponsabilidad social, que en algunos casos y dependiendo de un complejo juicio podrá llevar a la atenuación y en otros a la exención de responsabilidad del excluido social. Para ello, no obstante, la ciencia penal continental deberá hacer lo que todavía no ha hecho, esto es, irritarse frente al hecho de que justamente aquello que en nuestras más elaboradas teorías penales legitima el castigo — formar parte del reconocimiento recíproco — no rige para la mayor parte de quienes lo sufren. El Derecho penal del ciudadano debe ser en mi opinión bienvenido, pero no sólo por lo que fundamenta sino también por las consecuencias de lo que excluye.

6. Bibliografía

AGAMBEN (2004), *Estado de excepción. Homo Sacer II*, 1, Pre-textos, Valencia.

——— (1998), *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia.

ALEXANDER (2014), *El color de la justicia. La nueva segregación racial de Estados Unidos*, Capitán Swing, Madrid.

ARENDT (2004), *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid.

ARISTÓTELES (2009), *Política*, Alianza, Madrid.

BODIN (1962), *The Six Books of the Commonwealth*, Harvard University Press, Cambridge.

BOLTANSKI/CHIAPELLO (2002), *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, Barcelona.

BUTLER/BROOCKMAN (2011), «Do Politicians Racially Discriminate Against Constituents? A Field Experiment on State Legislators», *American Journal of Political Science*, (55-3), pp. 463 ss.

CÁMARA ARROLLO (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)», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (68), pp. 327 ss.

CIGÜELA SOLA (2015), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid.

——— (2015), «Derecho penal y exclusión social», *Isonomía*, (43), pp. 136 ss.

DECLERCK (2006), *Los naufragos*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid.

DUFF (2015), *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires.

DÜBBER (2010), «Citizenship and penal law», *New Criminal Law Review*, (13-2), pp. 190 ss.

DWORKIN (1995), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

ESPANYOL (2011), «Los vagabundos se enquistan en las plazas emblemáticas de Barcelona», *La Razón* (01.3.2011), disponible online en http://www.larazon.es/historico/318-los-vagabundos-se-enquistan-en-las-plazas-emblematicas-de-barcelona-TLLA_RAZON_361104#.Tt1hKaSAo63A8w

FEIJOO SÁNCHEZ (2012), «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (15), pp. 99 ss.

FOUCAULT (2007), *Nacimiento de la biopolítica*, FCE, Buenos Aires.

——— (1978), «Nuevo orden interior y control social», *Viejo Topo*, (7, extra), pp. 164 ss.

GARDNER (2011), «Relations of Responsibility», University of Oxford Legal Research Studies. Paper number 15/2011.

GARGARELLA (2012) (coord.), *El castigo en sociedades desiguales*, Ciepp/Miño y Dávila, Buenos Aires.

——— (2011), «Penal Coercion in Context of Social Injustice», *Criminal Law and Philosophy*, (5), pp. 21 ss.

GARZÓN VALDÉS (1990), «Consenso, racionalidad y legitimidad», *Isegoría*, (2), pp. 13 ss.

GLASGOW CENTER FOR POPULATION HEALTH (2011), *Accounting for Scotland's Excess Mortality*.

GOFFMAN (2009), *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrotu, Madrid.

GOSÁLVEZ (2014), «Ciudades que pinchan», *El País* (15.06.2014).

GRACIA MARTÍN (2005), «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», en BARREIRO (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona, pp. 447 ss.

GREEN (2010), «Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders», *University of Chicago Legal Forum*, (1), pp. 43 ss.

GUO/MULLAN-HARRIS (2000), «The mechanisms mediating the effects of poverty on children's intellectual development», *Demography*, (37), pp. 431 ss.

GÜNTHER (2005), *Schuld un Kommunikative Freiheit*, 1ª ed., Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

HABERMAS (2005), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed., Trotta, Madrid.

————— (1999), *La inclusión del otro: Estudios sobre teoría política*, Paidós, Barcelona.

HEFFERNAN/KLEINIG (2000), «Introduction», en LOS MISMOS, *From Social Justice to Criminal Justice*, Oxford Univ. Press, Nueva York, pp. 2 ss.

HEGEL (2000), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 6ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp (original en 1821).

HOBBS (2010), *Leviathan, Or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, Yale University Press.

HONNETH (1997), *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Ed. Crítica/Mondadori, Barcelona.

HÖRNLE (2015), *Teorías de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

HUDSON (2000), «Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference», en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to Criminal Justice*, Oxford Univ. Press, Nueva York, pp. 189 ss.

JAKOBS (1993), *Das schuldprinzip*, Westdeutscher Verlag, Opladen.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1976), *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, 3ª ed., Losada, Buenos Aires.

KANT (2005), *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid.

————— (2002), *Fundamentos para una metafísica de las costumbres*, Alianza, Madrid.

KARMEN (2000), «Poverty, Crime, and Criminal Justice», en HEFFERNAN/KLEINIG (coords.), *From Social Justice to Criminal Justice*, Oxford Univ. Press, Nueva York, pp. 35 ss.

KAUFMANN, Armin (1999), *Filosofía el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

————— (1992), «Generalisierung un Individualisierung im Rechtsdenden», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (45), pp. 77 ss.

KERSTING (2000), *Politik und Recht*, Velbrück, Weilerswist.

KINDHÄUSER (2011), «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Buenos Aires, pp. 211 ss.

————— (2011), «Personalidad, culpabilidad y retribución», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Buenos Aires, pp. 3 ss.

————— (2011), «Retribución de culpabilidad y pena», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Buenos Aires, pp. 147 ss.

————— (2011), «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Buenos Aires, pp. 68 ss.

KLESCZEWSKY (1997), «Auswirkungen, Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht - eine Hegelianische Perspektive», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (71), pp. 140 ss.

LANTIGUA (2016), «El auge del odio», *El Mundo* (16/11/2016).

LUHMANN (1995), *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Westdeutscher Verlag, Darmstadt.

————— (1994), «Wie haben gewählt? Aber haben wir wirklich gewählt – oder hat das Volk gewürfelt?», *FAZ* (22.10.1994).

————— (1977), «Macht und System. Ansätze zur Analyse von macht in der Politikwissenschaft», *Universitas. Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur*, (5).

MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal: Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ ESCAMILLA (2006), «Pobreza y 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*, Dykinson, Madrid.

MAÑALICH (2011), «Pena y ciudadanía», en KINDHÄUSER/EL MISMO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdF, Buenos Aires, pp. 116 ss.

MOLAND (2012), «A Hegelian Approach to Global Poverty», en BUCHWALTER (ed.), *Hegel and Global Justice*, Springer, Nueva York, pp. 131 ss.

MULLAINATHAN/SHAFIR (2013), *Scarcity: Why Having Too Little Means So Much*, Time Books, Nueva York.

NICE (2011), «Poverty as an Everyday State of Exception», en FELDMAN/GEISLER/MENON (eds.), *Accumulating Insecurity: Violence and Dispossession in the Making of Everyday Life*, University of Georgia Press, pp. 67 ss.

PASHUKANIS (1978), *Law and Marxism: A General Theory*, Pluto Press, Eastborn.

PAWLIK (2016), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en el Estado de libertades*, Atelier, Barcelona.

————— (2012), *Das Unrecht des Burgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2010), «La pena retributiva y el concepto de delito», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y de Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

————— (2005), «Der Bürger möchte bestraft werden», *FAZ* (14/3/2005).

————— (2004), *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (2004), «“Selbstgesetzgebung der Regierten”: Glanz und Elend einer Leigitimationsfigur», en *Recht und Politik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (93), pp. 115 ss.

PÉREZ DEL VALLE (2004), *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RICOEUR (1996), *Sí mismo como otro*, Siglo XXI, Madrid.

ROBLES PLANAS (2011), «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, La Ley, pp. 111 ss.

ROUSSEAU (1998), *Del contrato social*, Alianza, Madrid.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2006), «Recensión a Klaus Günther, Schuld und Kommunikative Freiheit», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3).

————— (2014), *La libertad del derecho penal: Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona.

SANDOVAL (1564), *Tractado del cuidado que se debe tener de los presos pobres*, Ed. de Miguel Ferrer, Toledo.

SEELMANN (2012), «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*, Atelier, Barcelona, pp. 213 ss.

SEN (2000), *Social Exclusion: Concept, Application and Scrutiny*, Asian Development Bank, Manila.

SHKLAR (1989), «American Citizenship: The Quest for Inclusion», *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah, disponible online en http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/shklar90.pdf

SILVA SÁNCHEZ (2016), «Reflexiones en un julio convulso», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3), Editorial.

————— (2015), «¿Responsabilidad individual o responsabilidad social en el delito», en EL MISMO, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 126 ss.

————— (2013), «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, pp. 715 ss.

————— (2008), «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad entre agente y acusado», en GARCÍA VALDÉS et al (eds.) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, pp. 661 ss.

————— (1982), «Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (35), pp. 667 ss.

TADROS (2009), «Poverty and Criminal Responsibility», *Journal of Value Inquiry*, (43), pp. 391 ss.

TAYLOR (2009), «La política del reconocimiento», en EL MISMO, *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, FCE, México.

VAUGHAN (2008), *Poverty, Justice, and Western Political Thought*, Lexington Books/Rowman & Littlefield, Nueva York.

VIEWEG (2009), «Pobreza y riqueza. Derecho de socorro y derecho de resistencia en Hegel», *Estudios filosóficos*, (39), pp. 137 ss.

WALZER (2011), «El concepto de “ciudadanía” en una sociedad que cambia: comunidad, ciudadanía y efectividad de los derechos», en EL MISMO, *Guerra, Política y Moral*, Paidós, Barcelona, pp. 153 ss.

————— (2001), «Exclusión, injusticia y Estado democrático», en EL MISMO, *Guerra, Política y Moral*, Paidós, Barcelona, p. 131 ss.

WELZEL (2006), *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.