

SOBRE LA EXCLUSIÓN SOCIAL Y EL INJUSTO

María Fernanda Ovalle Donoso¹

RESUMEN: A partir de la constatación de los déficits de legitimidad del castigo por delitos íntimamente vinculados a una situación de exclusión social, se exponen brevemente algunas de las soluciones propuestas para su tratamiento penal, sugiriendo que éstas no permiten valorar adecuadamente el injusto del autor, al dar por presupuesta la dimensión política del castigo. Finalmente, se intentará situar el problema en el ámbito del injusto, para cuya valoración y delimitación podría ser relevante la consideración de la carga normativa de la exclusión social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre la legitimidad del castigo del excluido social. 3. Breve referencia al tratamiento de la exclusión social. 4. Reflexiones finales.

1. Introducción

Aunque diversos campos de estudio han demostrado el vínculo existente entre la exclusión social y la práctica del castigo, cuestionando la legitimidad de tales prácticas punitivas, los juristas generalmente han desatendido este problema, a pesar de que es precisamente su disciplina la que opera la respuesta punitiva.

La dogmática jurídico-penal, si bien en ocasiones ha tomado parte en la denuncia de tales déficits de legitimidad, en general, no se ha esmerado tanto en la construcción de estrategias que permitan,

¹ Abogada. Profesora ayudante de Derecho Penal, Universidad de Valparaíso. Miembro del Centro de Estudios Aurora. Correo electrónico: maria.ovalle@uv.cl

si bien no superar, al menos enfrentar el núcleo del problema de la dimensión política del castigo. Si asumimos que el derecho penal no puede construirse en total desvinculación con la realidad que pretende regir, es necesario explorar cómo la exclusión social afecta la práctica del castigo y de qué manera la especificidad de este fenómeno se traduce en el plano dogmático. En lo que sigue, haré breve referencia a las reflexiones sostenidas en torno a la ilegitimidad del castigo del excluido, para luego repasar, desde una perspectiva general y crítica, algunas soluciones adoptadas por la doctrina. Finalmente, se sugerirán algunas relaciones existentes entre la exclusión social y la antijuridicidad.

Para ello, tomaré el concepto de exclusión social que propone Cigüela (2019a), entendiendo por tal una situación de grave privación en la que viven determinadas personas, por tener formal o materialmente limitado el acceso estandarizado a los derechos y bienes necesarios para el desarrollo de la personalidad en una sociedad determinada.² Nótese que la exclusión está conectada con una injusticia social producida, perpetuada o tolerada por el Estado y se trata de una situación duradera o permanente, no pasajera. Cabe prevenir también que los supuestos problemáticos se limitarán a aquellos delitos vinculados a “obligaciones adquiridas”, relacionados con la noción de ciudadanía. Básicamente, delitos no violentos contra la propiedad, el orden, la seguridad, la salud pública, entre otros.³

² El autor no pretende ofrecer un concepto definitivo, universalizable ni trasladable a otras áreas del conocimiento. Podría, en todo caso, recurrirse a otros estándares para medir la exclusión social de forma más o menos objetiva, como el propuesto a nivel internacional para hablar de “extrema pobreza”, consistente en la línea trazada por el PNUD en 1996, o bien otras propuestas, como la de Nussbaum y Sen, referente a las capacidades humanas básicas (GARGARELLA, 2007).

³ Por el contrario, quedan fuera los delitos ligados a la noción de dignidad o personalidad, que constituyen actos violentos o intimidatorios contra otros, como el homicidio, la violación, el robo (SILVA SÁNCHEZ, 2018; CIGÜELA, 2019). Esta diferenciación coincide parcialmente con clasificaciones que distinguen entre delitos *mala quia prohibita* y delitos *mala in se*; o entre Derecho penal accesorio y Derecho penal nuclear.

2. Sobre la legitimidad del castigo del excluido social

Las reflexiones en torno al castigo del excluido social, como cuestión relativa a la legitimidad del ejercicio del poder punitivo, se refieren a la pregunta de si el Estado, en la medida en que sea responsable de excluir sistemáticamente a un grupo de la población del reconocimiento social, de la participación en la vida política o del acceso a bienes primordiales para la vida en sociedad, puede, luego, castigar legítimamente a quien comete un delito vinculado de algún modo a tal situación de exclusión (Cigüela, 2019a). Las respuestas han provenido principalmente de la filosofía moral y política, con diferentes resultados en cuanto a rendimiento crítico.

Un primer acercamiento evalúa la legitimidad del castigo acudiendo a criterios propios del reproche moral, negando la legitimidad moral del castigo en base a los conocidos argumentos de corresponsabilidad o complicidad e hipocresía.⁴ Sin embargo, como ha observado Lorca, esta perspectiva presupone erróneamente que la imputación moral es análoga a la imputación penal, pudiendo evaluarse la legitimidad de la segunda según los estándares de la primera, lo que no es así, principalmente porque la relación entre ciudadano y Estado es una de *dominación*; se trata de un vínculo *político* (y no moral) en que la relación entre sujetos es asimétrica, desigual, no implica reciprocidad ni es voluntaria (Beade y Lorca, 2017).

La naturaleza de este vínculo indica que la legitimidad del castigo debe evaluarse en clave política. Este acercamiento, por su parte, toma como idea fundamental que la legitimidad del castigo deriva de las

⁴ El argumento de la complicidad plantea que el Estado es también responsable del delito, por crear las condiciones criminógenas que llevan al sujeto a realizar determinadas conductas. El argumento de la hipocresía, por otro lado, considera que el Estado exige respetar el Derecho sin tener en cuenta la circunstancia de que él mismo no ha respetado el derecho del sujeto reprochado (SILVA SÁNCHEZ, 2012; BEADE Y LORCA, 2017; CIGÜELA, 2019a).

mismas razones que fundamentan el poder soberano y el vínculo de dominación Estado-ciudadano. Se puede concebir al Estado y al castigo como instituciones racionales y políticamente justificables en tanto garantizarían un orden de cosas considerado valioso (Wilenmann, 2018). Sin embargo, un instrumento de puro aseguramiento, como el Derecho penal, no puede ser juzgado en su legitimidad sin valorar el contenido sustantivo del orden a cuyo aseguramiento contribuye (Wilenmann, 2018) y sin precisar las condiciones que ha de cumplir la instancia de imputación (Cigüela, 2019b). Por tanto, estas cuestiones no pueden ignorarse por el dogmático so pretexto de mantener los límites de competencia de su quehacer dentro de los márgenes de una ciencia políticamente aséptica. Por el contrario, resulta fundamental determinar “qué es lo que hace del Estado un «Estado»” (Silva Sánchez, 2018, p. 75) y precisar el vínculo que posibilita el reproche, pues ello es lo que, en suma, legitimaría su praxis punitiva. Se trata, entonces, de considerar la dimensión política del castigo, esto es, el conjunto de condiciones sociopolíticas que ha de cumplir la instancia de imputación –en este caso el Estado– para poder ejercer su derecho a castigar de modo legítimo (Cigüela 2019b).⁵

En primer lugar, puede pensarse el contenido sustantivo de ese orden desde la protección negativa. La asunción estatal del monopolio de la violencia se justificaría en tanto garantía de seguridad y libertad (el *protego ergo obligeo* hobbesiano); dado que el precio que se paga –someterse al Estado reconociendo su potestad de castigar– se vería sobrecompensado por el beneficio obtenido –libertad y seguridad–, la pena sería políticamente justificable (Wilenmann, 2018). Dado que tal arreglo mira al interés de todos (igualdad en la protección), todos pueden ser castigados. De allí que el Estado solo pueda calificar como sujetos de responsabilidad a aquellos a quienes simultáneamente

⁵ En el mismo sentido, DUFF (2001; 2015) habla de precondiciones de la responsabilidad penal; SILVA SÁNCHEZ (2012; 2018), de presupuestos sociopolíticos del castigo.

quepa calificar como sujetos de protección⁶ (Silva Sánchez, 2012). Sin embargo, el contenido de ese orden de cosas valioso es mucho más denso en un Estado de Derecho y Democrático; se trata de asegurar una comunidad política donde las condiciones mínimas de subsistencia y bienestar estén institucionalizadas, desplegándose deberes positivos y negativos del Estado (Cigüela, 2019a). El Estado se encontraría en una doble posición de garante: por un lado, de protección negativa y, por otro, de protección positiva o de mejora,⁷ que implica procurar que ninguna persona carezca de las condiciones mínimas de subsistencia y bienestar.⁸ Es más, el auténtico objetivo del Estado Democrático sería la reducción progresiva y persistente de la exclusión social (Silva Sánchez; 2018). Si tales condiciones sustantivas fundamentan la legitimidad política del castigo, éste se verá cuestionado allí donde ni se protege igualitariamente a los individuos frente a la violencia ajena, ni se garantiza igualitariamente a los individuos las condiciones para desenvolverse en la comunidad jurídico-política que posibilita la práctica punitiva.

⁶ Obsérvese que la protección negativa no se garantiza a todos por igual. Existe un reparto inequitativo de seguridad en ciertos barrios o sectores marginados donde impera la violencia y no hay presencia policial (SILVA SÁNCHEZ, 2018). Ello favorece que, en tales sectores, incluso pueda ser una mafia local la que ejerza la función propia del Estado de proveer seguridad frente a la violencia de terceros (CIGÜELA, 2019).

⁷ En sentido similar pero no idéntico, Pawlik, respecto de las que denomina *competencias de fomento*, las cuales no exigen solamente la *salvaguarda* de la integridad de un estatus jurídico preexistente, sino que reclaman al competente su *ampliación*; no solamente exigen *respeto*, sino *mejora* (PAWLIK, 2016).

⁸ Para Silva Sánchez (2018), esta posición de garante no deriva necesariamente de la idea de Estado de Derecho —que tiene un origen liberal—, sino del hecho de que allí donde estas condiciones mínimas no estén presentes, tampoco tiene sentido hablar de libertad ni de igualdad política. El Estado *asume* estas nuevas funciones como necesarias, pues son las que dotan de sentido a la protección negativa y, con ello, se constituyen como fundamento de su legitimidad. En su opinión, lo anterior no necesariamente implica ignorar el principio de autorresponsabilidad; este deber del Estado es subsidiario. En primer lugar, debe habilitarse la adopción de decisiones de cada uno sobre la propia esfera de organización (educación y formación profesional), luego, facilitar el funcionamiento de las instituciones; y solo finalmente garantizar un sistema de prestaciones públicas de beneficencia.

Por otra parte, la posibilidad jurídica de reprochar el delito requiere de la preexistencia de un vínculo entre los sujetos y el Estado, al que suele denominarse *ciudadanía* (Silva Sánchez, 2012). Ella permite, entre otras cosas, explicar el deber de obediencia a las normas. Siguiendo a Cigüela, entre las teorías de la ciudadanía que han ganado mayor reconocimiento se encuentra la del *ciudadano deliberativo*, vinculada al principio de autolegislación, para la cual será ciudadano quien tuvo la posibilidad de participar en las interacciones sociales, con capacidad crítica y en un plano de igualdad con los demás. Por tanto, castigo legítimo solo será aquel dirigido a quien *haya podido* participar en la conformación de las normas. El problema de esta teoría es que en el contexto político-social actual las leyes no surgen realmente de una deliberación racional, inclusiva ni espontánea de los miembros de la comunidad; el ciudadano es más espectador que partícipe y es aun más problemático respecto del excluido, que ni vota ni está informado ni participa de la vida política, considerando, además, el carácter tecnocrático, elitista y partidocrático de la representación parlamentaria (Cigüela (2019a)). Por otro lado, la teoría del *ciudadano cooperativo*, de Pawlik, considera que el ciudadano tiene un deber de cooperación al mantenimiento del estado de libertades. Lo esencial para configurar una comunidad política no es la participación deliberativa en la creación de las normas, sino que éstas contribuyan a la protección de la colectividad, controlen el poder e impidan la exclusión definitiva de ciertos grupos de personas.⁹ El destinatario de las normas será quien se vea protegido por éstas: el ciudadano. Aquí el problema se resuelve respecto de quienes no participan en la deliberación democrática, pero se mantiene respecto de quienes el Estado no protege en el disfrute de su seguridad, personalidad y derechos (Cigüela (2019a)).

Estos problemas han llevado a concluir que el deber de obediencia a ciertas normas para el excluido se encuentra, al menos, debilitado

⁹ Es decir, lo importante no es el *input* de las normas (procedimiento de participación deliberativa), sino su *output* (resultado).

(Silva Sánchez 2012; 2018; Cigüela, 2019a). La exclusión, en tanto reflejo de la desigualdad socio-política realmente existente entre los sujetos, debilita el vínculo de protección y, a su vez, el vínculo de responsabilidad (Silva Sánchez, 2012). El excluido, pudiendo considerarse apenas ciudadano pasivo, en opinión de Silva Sánchez (2018), debe recibir una pena tendencialmente más baja que los demás, o excluirse la propia imposición o ejecución de ésta a su respecto.

En este punto, un tratamiento diferenciado puede cuestionarse en nombre del principio de igualdad. Pero obsérvese que no se trata de establecer un Derecho penal diferenciado “en bloque” para el excluido (como ocurre, por ejemplo, con el Derecho penal adolescente), porque la exclusión social no es una categoría ontológica, sino una forma diferente de habitar lo político (Cigüela, 2019a). Por el contrario, quizá un trato diferenciado puede ser una prescripción derivada de tal principio. La igualdad no es relevante solo en tanto derecho,¹⁰ sino que tiene también una función prescriptiva como meta-norma del ordenamiento jurídico (Laporta, 1985; Villavicencio, 2018a). Es decir, es una exigencia frente a las normas de un sistema, que opera como test de razonabilidad en su aplicación a casos concretos, permitiendo resolver ciertos problemas (Villavicencio, 2018b). El resultado de este test será decisivo, en tanto entendamos que la legitimidad de un sistema de normas de coacción depende de que el Estado trate a sus miembros con igual consideración y respeto (Dworkin, 2014). En dicho test la igualdad opera al nivel de las condiciones de aplicación de la norma, determinando si éstas atribuyen correctamente las consecuencias normativas (Villavicencio, 2018b). En verdad, la cuestión

¹⁰ Como derecho, la exigencia de igual consideración y respeto radica en la atribución a todos los ciudadanos de la idéntica calidad de agentes morales, desde una dimensión tanto formal –remoción de obstáculos que nieguen tal condición– como material –satisfacción de necesidades básicas o distribución de recursos necesarios para desenvolverse como agentes morales autónomos– (VILLAVICENCIO, 2018a). Si bien es importante advertir que la exclusión social se relaciona con la noción sustantiva de igualdad, no es su dimensión en tanto derecho la que pretende problematizarse aquí.

radica en determinar si la condición exclusión social es o no un criterio relevante para justificar un trato desigual en ciertos casos.¹¹

Y pienso que sí lo es. La desigualdad socio-política *realmente* existente manifiesta la dispar distribución de la protección a la cual se obliga el Estado para con todos los individuos y la menor amplitud de la esfera de autonomía de un excluido en relación a la de un incluido. El mismo Estado, que ha generado, mantenido o tolerado la exclusión, al castigar considerando ambos vínculos de protección y responsabilidad como equivalentes, no trata con igual consideración y respeto a los destinatarios de las normas jurídico-penales. Nótese que es precisamente este trato indiferenciado el que afecta a la *legitimidad y justicia* de la prohibición y castigo de ciertas conductas. Por ejemplo, Wilenmann (2018) observa que si la propiedad privada se valora en tanto contribución a la libertad y bienestar personal de los individuos, la criminalización del hurto será legítima en comunidades en que efectivamente la propiedad privada preste esta contribución a sus miembros (o sea, donde se obligue al sujeto que es protegido). Pero en una sociedad extremadamente desigual, la criminalización del hurto no será legítima, porque participa de un orden que tiene claros aspectos de ilegitimidad. Por su parte, Mañalich (2013), advirtiendo que la justicia penal es secundaria, pues presupone una injusticia –lo que explica la caracterización del delito como *injusto culpable*– consistente en la infracción de una norma que pretende ser un estándar de justicia distributiva, plantea que el castigo será justo solo en tanto se aplique a un sujeto al que pueda imputarse el quebrantamiento de

¹¹ “El principio de igualdad se superpone a la realidad y trata de modularla, modificándola o legitimándola (...) trata de determinar cuándo está justificado, en una norma, establecer diferencias en las consecuencias normativas de conformidad a las condiciones de aplicación y cuándo no lo está. Así, se distingue tradicionalmente entre la igualdad por equiparación y la igualdad por diferenciación. La primera opera cuando se considera que las diferencias fácticas que concurren son irrelevantes y deben ser descartadas, y la segunda funciona cuando se considera que las diferencias fácticas son relevantes y deben ser consideradas para atribuir las consecuencias normativas” (VILLAVICENCIO, 2018b, p. 110 y 111).

una norma distributivamente justa cuyo seguimiento sea favorable para todos.¹² Sin embargo, la prohibición del hurto no es favorable para quien no tiene acceso a la propiedad privada. Es más, recién a consecuencia del eventual éxito de su acción de apropiación es que el ladrón que no ha tenido acceso a la propiedad puede empezar a beneficiarse del seguimiento generalizado de la norma.¹³ Es lo que Mañalich (2013) denomina la *paradoja distributiva de la prohibición del hurto*.¹⁴

3. Breve referencia al tratamiento de la exclusión social

La exclusión social se ha incorporado al análisis jurídico-penal indagando en los presupuestos de atribución de responsabilidad indi-

¹² Sería justo castigar a quien no sigue una norma cuyo seguimiento es favorable para todos, pues éste se convierte en un *free rider* que obtiene un doble beneficio a expensas de los demás: (i) el que le reporta el quebrantamiento de la norma; (ii) el que le reporta el seguimiento generalizado de la norma por los demás (MAÑALICH, 2013).

¹³ Aquí debe notarse que la injusticia distributiva de la prohibición del hurto no deviene solo de que la distribución inicial de la propiedad sea injusta (lo que ocurre con otros bienes jurídicos, como la salud individual), sino de la propia estructura delictiva del hurto, que es la de un delito de desplazamiento. Es decir, que a consecuencia de la privación del poder de disposición sobre la cosa para el propietario, se produce la obtención correlativa de ese beneficio para el hechor, consistente en la adquisición de ese mismo poder de disposición, que es expresado subjetivamente a través de la exigencia del ánimo de apropiación constituyente del injusto específico del hecho. Por tanto, solo a partir del quebrantamiento de esta prohibición, el autor queda en posición de verse beneficiado por el seguimiento generalizado de esa prohibición. Ello permite distinguirlo, por ejemplo, del delito de daños (MAÑALICH, 2013).

¹⁴ Agrega que no cabe objetar que no existe tal cosa como personas sistemáticamente privadas del acceso a la propiedad privada, pues, aunque así fuera, ello no altera el núcleo normativo del argumento. Lo que ocurre realmente es que, al menos en el caso chileno, ello se debe a la masificación del crédito, que permite que sectores sociales de escasísimo poder adquisitivo participen del consumo de bienes lejanos a los de primera necesidad mediante un sustancial endeudamiento crediticio; propiedad que no resulta garantizada o jurídicamente inmunizada de igual modo que la propiedad de quienes no ven comprometido de ese modo su patrimonio futuro (MAÑALICH, 2013).

vidual, tradicionalmente identificados con los elementos de la teoría del delito. En relación con el estado de necesidad justificante, si bien es posible extender su ámbito de aplicación interpretando más ampliamente sus requisitos,¹⁵ es sabido que la exigencia de tratarse de ataques contra derechos patrimoniales lo limita definitivamente. Por otra parte, las relaciones estadísticas que se habrían establecido entre exclusión social y menor imputabilidad no resultan tan interesantes por cuanto lo fundamental, en cualquier caso, seguiría siendo la incapacidad para determinarse por la norma, ya sea porque la exclusión favorece una socialización anormal del sujeto o el consumo problemático de drogas. Es decir, esta relación solo indirecta con la imputabilidad no vuelve a la exclusión social un dato relevante en sí ni tampoco responde a una traducción dogmática de los problemas de legitimidad del castigo. También se ha desarrollado en el marco de las causas de inexigibilidad de otra conducta, como el miedo insuperable, pánico económico, estado de necesidad exculpante. Sin embargo, Lorca (2012) rechaza abordar la injusticia del castigo del excluido mediante la ampliación del ámbito de aplicación de las causas de exculpación, básicamente, porque tal propuesta socavaría nuestras prácticas de responsabilidad y sería irrespetuosa frente a las personas, en la medida que sus acciones no son tomadas en serio como merecen serlo. Continúa afirmando que “la acción pierde toda la fuerza que pudo tener como una declaración normativa acerca de la razonabilidad de nuestros deberes, toda su potencial fuerza crítica se desvanece en el momento en el que la acción es considerada como un hecho ininteligible desde un punto de vista moral y racional” (Lorca, 2012, p. 202). Como error de prohibición, se ha trabajado la exclusión social especialmente en casos de migran-

¹⁵ En la jurisprudencia española se ha extendido el ámbito de aplicación de esta causal de justificación mediante (1) la ampliación del concepto del “mal” que se busca evitar, considerando algunas situaciones de grave exclusión; (2) la ampliación de las conductas lesivas justificables a otros delitos contra la propiedad, como defraudaciones; (3) la flexibilización del requisito de que no exista otra alternativa que la de proceder antijurídicamente (CIGÜELA, 2019a).

tes con serios obstáculos para introyectar el contenido normativo de la ley penal (Mañalich, 2005). Dado que lo determinante resulta ser la dificultad para reconocer el Derecho cuya infracción se imputa al sujeto (Cigüela 2019a; Silva Sánchez, 2012), esta perspectiva tampoco permite hacerse cargo de las interpelaciones planteadas más arriba. En la teoría de la pena, las circunstancias económico-sociales del penado suelen influir en la concreción de la penalidad, según reglas para la determinación del cuántum de la pena (ver Cámara Arroyo, 2015). En nuestra región, más allá de la tímida regla contenida en el art. 70 del Código Penal chileno, resultan relevantes los códigos penales peruano y colombiano. El primero, en su art. 45 letra a), ordena al juez fundamentar y determinar la pena considerando, entre otras cosas, las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o su posición económica en la sociedad. El segundo, establece como causas de menor punibilidad la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares (art. 55 N° 4), la indigencia o falta de ilustración (art. 55 N° 8); y la influencia directa en la conducta punible de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56).

No pretendo extenderme sobre estas estrategias, sino más bien notar que comparten un rasgo que, a mi juicio, impide a este fenómeno alcanzar todo el rendimiento crítico que podría tener. La exclusión social ha resultado ser un dato fáctico que permite explicar contextualmente la configuración de requisitos exigidos para la aplicación de ciertas instituciones que atenúan o excluyen la responsabilidad penal, por distintas vías. Sin embargo, éstas operan desde un plano que da por presupuesta la dimensión política del castigo, sin que impliquen necesariamente incorporar en el análisis valorativo la contradicción que la identidad específica de los problemas manifestados por la exclusión social genera con los propios fines del Estado y el ordenamiento jurídico, en términos de justicia e igualdad. Esta contradicción podría ser tomada en consideración a la hora de valorar o desvalorar jurídicamente un comportamiento.

4. Reflexiones finales

Si bien el Derecho Penal no puede pretender resolver problemas estructurales, sí le es exigible, al menos, no empeorar las situaciones de menosprecio y exclusión social (Cigüela, 2019a). Al respecto, es fundamental asumir su carácter performativo, es decir, que éste no se limita a observar la realidad social para aplicar sus categorías, sino que establece una relación dialéctica con ella, incidiendo en su misma configuración. Si constatamos problemas de legitimidad del castigo frente al excluido, no parece una actitud responsable seguir operando con categorías impermeables a las contradicciones que produce el castigo del delito ligado estrechamente a una situación de exclusión. Quizás se pueda y deba, en cambio, afinar razonamientos para descubrir en qué se traducen, en términos normativos y valorativos, estas irritaciones. La dogmática tiene valor en tanto permite profundizar en el significado material del Derecho positivo, orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al juez en su aplicación (Mir Puig, 2004). Considerando que sus límites y sujeciones derivan de las propias ideas de justicia y Derecho (Robles Planas, 2010), frente a decisiones legislativas incorrectas, puede razonablemente estudiarse la posibilidad de una estrategia dogmática para que la ley penal vigente alcance un mayor grado de corrección jurídico-penal al momento de su aplicación judicial (Silva Sánchez, 2018).¹⁶

Hemos visto que la exclusión social pugna con las pretensiones de ausencia de injusticia y corrección inherentes a la idea de Derecho Penal; demuestra que el Estado desprotege al excluido, cuando su protección constituye su objetivo principal; se vincula con la doble posición de garante del Estado, fuente de sus obligaciones de protección; afecta la legitimidad de ciertas prohibiciones y la justicia distributiva de ciertas normas de comportamiento; debilita el deber

¹⁶ Frente a las críticas que puedan formularse a esta forma de entender la dogmática (como “creativa” y “acientífica”), véase SILVA SÁNCHEZ (2010).

de obediencia a la norma; pone en duda la existencia de la comunidad jurídico-política que permite calificar al delito como lesión del Derecho o perturbación de la paz jurídica (y no solo como lesión de un bien jurídico) (Silva Sánchez, 2018), y, en suma, que su desatención en tanto criterio relevante para la valoración de un comportamiento genera contradicciones para las pretensiones de justicia e igualdad del propio orden jurídico. No es extraño, entonces, que Kleczewski señale que los delincuentes que, aun tomándose la justicia por su propia mano, reclaman la participación en el bienestar general, ejecutan algo a lo que la generalidad constituida está obligada según sus propios principios, por lo que el hecho aparece precisamente como una actuación de la voluntad general para *resolver* esta contradicción consigo misma (Silva Sánchez, 2012); ni que estos casos puedan tratarse de una “realización subjetiva del Derecho objetivo” (Silva Sánchez, 2018).

Si bien estas nociones se hacen didácticamente visibles a partir de unos y otros elementos de la teoría del delito, parece ser que en el sistema invisible se incardinan en el campo propio del injusto, que halla su fundamento último en la idea misma del derecho y la justicia. La situación de exclusión social puede no ser solo un dato fáctico útil para argumentar la configuración de instituciones que, sin embargo, no consideran la circunstancia de que es el propio Estado quien produce, mantiene o tolera la injusticia social que genera la exclusión, en los términos propuestos al comienzo del trabajo, ni traducen necesariamente en efectos dogmáticos las contradicciones referidas. Reflexionar acerca de si la situación de grave exclusión en la que versa el sujeto puede constituir, en cambio, un factor relevante, entre otros, para la determinación y gradación del injusto, reconociendo en aquellos actos, si fuera el caso, la resolución de una contradicción jurídica, es la invitación que me he propuesto extender aquí. En su caso, determinar cuáles son las específicas herramientas teóricas y jurídicas –legales o supralegales, que no dejan de ser jurídicas– con las que contamos para concretar sus efectos, es una dirección que quedará por explorar.

Bibliografía

- BEADE, G., LORCA, R., (2017), “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”, en *Isonomía*, N° 47.
- CÁMARA ARROYO, SERGIO (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)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII.
- CIGÜELA SOLA, JAVIER (2019a), *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CIGÜELA SOLA, JAVIER (2019b), “Injusticia social y Derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 42, pp. 389-411.
- DUFF, ANTHONY (2001). *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press.
- DUFF, ANTHONY (2015), *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- DWORKIN, RONALD (2014), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.
- GARGARELLA, ROBERTO (2007), “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, N° 4.
- LAPORTA, FRANCISCO (1985), “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, Fundación Sistema, N° 67.
- LORCA, ROCÍO (2012), “Pobreza y responsabilidad penal”, en Gargarella (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, CIEPP, Miño y Dávila, Buenos Aires.
- MAÑALICH, JUAN PABLO (2005), “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6.
- MAÑALICH, JUAN PABLO (2013), “Justicia, propiedad y prevención”, en *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores*

del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lom, Santiago.

MIR PUIG, SANTIAGO (2004), “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02.

PAWLIK, MICHAEL (2016), *Ciudadanía y derecho penal*, trad. de Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila y Héctor García de la Torre, Atelier, Barcelona.

ROBLES PLANAS, Ricardo (2010), “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2010.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (2012), “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en *Derecho penal contemporáneo, Revista Internacional*, N° 41.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*. Atelier, Barcelona.

VILLAVICENCIO, LUIS (2018a), “Justicia social y el principio de igualdad”, en *HYBRIS, Revista de Filosofía*, vol. 9, N° Especial: *Debates contemporáneos sobre Justicia Social*.

VILLAVICENCIO, LUIS (2018b), “Hacia una nueva construcción de igualdad”, en *Revista Direitos Humanos & Sociedade*, N° 1, v. 1.

WILENMANN, JAVIER (2018), “Sobre el discurso de legitimación política de la pena estatal. Una crítica de su estructuración tradicional”, en *Revista de Derecho*, vol. XXXI, N° 1, 2018.

