OVALLE, María Fernanda “Recensión: CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del Excluido Social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 382 páginas”.

Polít. Crim. Vol. 14, Nº 28 (Diciembre 2019), Rec.2, pp. 607-611
[<http://politycrim.com/wp-content/uploads/2019/12/Vol14N28R2.pdf>]

Recensión: CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del Excluido Social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 382 páginas.

Review: CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del Excluido Social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 382 pages.

María Fernanda Ovalle Donoso

Profesora ayudante de Derecho Penal, Universidad de Valparaíso.

Dpto. de Ciencias Penales, Centro de Estudios Aurora.

mf.ovalle@hotmail.com

Resulta esperanzador constatar que, a pesar de los tiempos que corren, persiste aún el interés por el estudio de ciertos problemas fundamentales que, quizá desde sus orígenes, nuestra disciplina se ha visto compelida a enfrentar y que, sin embargo, han sido generalmente desatendidos por los penalistas, como ocurre con la cuestión relativa a la legitimidad del castigo del excluido social. Junto a ese optimismo que despierta, la presente obra produce, además, un inusitado e inmediato efecto sobre cualquier dogmático penal consciente de lo pobre que ha sido la reacción de su ciencia frente a las desigualdades y a las diversas formas de opresión, cual es infundir cierto alivio y reducir en algún grado el pudor que produce el hecho de que la ciencia jurídico-penal se haya ocupado de este asunto en notable menor medida de lo que han hecho por su parte la criminología y la filosofía, a pesar de que es precisamente la disciplina jurídica la que opera la respuesta punitiva. De allí que nos sea natural recibir de tan buen grado el presente trabajo, sobre todo porque el contexto en que surge le imprime un valor agregado. En efecto, tal y como explica Javier Cigüela,¹ la ciencia penal se encuentra actualmente fuertemente condicionada por un sistema de incentivos profesionales que potencia ciertos temas de investigación en desmedro de otros (por encima del resto, el Derecho Penal económico y, probablemente, en el futuro próximo, el *big data* y la tecnología digital o la biotecnología) mientras que margina sistemáticamente otros (la Filosofía del Derecho Penal, los estudios históricos o las traducciones de textos clásicos). Así, la exclusión social queda siempre fuera de esa red de intereses y el científico penal que quiera abordarlo seriamente debe hacer un esfuerzo muy consciente, a veces un sacrificio profesional, para tomarlo como objeto de estudio, a diferencia de lo que ocurre con los temas que constituyen el núcleo de esa red de incentivos económico-políticos, lo que “contrasta con el hecho de que siguen siendo personas en situaciones de privación social y no delincuentes de cuello blanco quienes pueblan las cárceles”.²

¹ Véase CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del Excluido Social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 282-283.

² CIGÜELA SOLA, Javier, cit. nota nº1, p. 278.

Múltiples son los discursos desde los que podría haberse abordado esta temática y son precisamente aquellos coherentemente escogidos por Cigüela los cuales revelan el valor científico y el potencial crítico del texto. A mi juicio, son tres los giros epistemológicos que informan esta investigación, cuya íntima vinculación e interdependencia demuestran la solidez de la construcción. En primer lugar, representa un gran avance emprender un estudio dogmático de la teoría del delito y de la pena abandonando con decisión el carácter puramente idealista del Derecho y asumiendo, por el contrario, que si el Derecho Penal tiene “algo que ver con la sociedad en la que opera”, éste se verá ineludiblemente afectado por sus problemas.³ De este modo, se demuestra lo superfluo de una dogmática que pretenda abstraerse de las relaciones sociales existentes, hasta el punto de volverse una pura construcción normativa sin raigambre en la realidad social que busca regir. Para ello es fundamental un segundo tránsito, cual es declarar permeable la ciencia penal a los enfoques interdisciplinarios, destacando la urgente necesidad de incorporar en el análisis dogmático determinados saberes acumulados por otras áreas del conocimiento. Éstos no sólo se reducen a la filosofía y la criminología, sino también comprende la psicología, antropología, sociología e incluso las neurociencias, disciplinas cuyas notables aportaciones son imprescindibles para la construcción de un Derecho acorde a la realidad. Por último, cabe sobre todo destacar el abandono de una visión estática e inamovible del Derecho, para constatar, en cambio, la relación dialéctica que éste establece con la realidad social. En efecto, entre ambos no hay una relación meramente unidireccional en la cual el Derecho se conciba como un ente aislado que se limita a observar la realidad social para interpretarla y subsumirla en categorías pretendidamente neutras y asépticas, sino que se asume, en cambio, su carácter *performativo*, es decir, su comprensión como parte integrante de la realidad social, que no sólo opera *en* ella, sino que, sobre todo, la *co-produce* y *modifica*. Lo anterior supone que el Derecho está siempre en movimiento, lo que desaconseja ofrecer un sistema de respuestas definitivas como si se trataran una verdad absoluta, a la vez que estimula a explorar y enriquecer las categorías existentes incorporando la exclusión social como fenómeno relevante.

La obra condensa y completa una línea de investigación que Cigüela ya había iniciado con la publicación de tres artículos, a partir del año 2015. La pregunta fundamental en el presente libro, articulada siempre sobre la triada conceptual *exclusión-delito-pena*, se refiere, en términos generales, a cómo el primero de estos términos afecta las condiciones de imputación de responsabilidad penal, sin olvidar que la respuesta ha de satisfacer exigencias de justicia y prevención del delito, tanto desde un punto de vista penal como también del filosófico-político. Concretamente, se trata de perseguir la forma en que debe ser estructurado el Derecho Penal para que su intervención no empeore las situaciones de menosprecio y exclusión social, sino que coopere a su reversión y a la prevención de contraculturas violentas. Destacar aquello es absolutamente necesario, pues revela que el cometido de la obra no es en modo alguno descalificar a la dogmática presentándola como un mero instrumento que reproduce y acrecienta las desigualdades; por el contrario, la erige como una herramienta que, una vez afinada, sería capaz de aportar en torno a la cuestión de la ilegitimidad política de la pena.

³ Cfr. CIGÜELA SOLA, Javier, cit. nota nº1, p. 161.

Las dos primeras partes del libro desarrollan el presupuesto sobre el que se articula la tercera y última, a saber, que, frente a las disfunciones sociales, la respuesta jurídica del Derecho Penal no es neutral, sino que se constituye como una respuesta política. Cada una de aquellas secciones se estructura muy ordenadamente en torno a una diversa y específica pregunta. La primera parte, titulada “Pobreza y exclusión social en la filosofía política y del Derecho Penal: una aproximación”, responde a qué entendemos por exclusión y cómo ésta incide en la criminalidad y su castigo. Para ello, indaga sobre el significado que tuvo la pobreza (o, en la nomenclatura contemporánea, la exclusión social) para la filosofía política y jurídica, ilustrando el tránsito desde una perspectiva moral –que, iniciada con Platón e imperante hasta Puffendorf, demandó respuestas desde la caridad–, hacia una concepción que, con Arendt, se incorpora a la cuestión social en la modernidad, enfocándose entonces como una compleja dinámica socio-estructural mucho menos controlable por el sujeto y marcando el paso desde el concepto de “pobreza” hacia el de “exclusión social”, más rico en tanto no se limita solo a las situaciones de privación material sino que comprende todo menosprecio social *injusto*, ya sea económico, político, racial o de otro tipo. Esta primera parte es imprescindible para comprender la evolución del texto, pues destaca cómo, con Aristóteles y, luego, especialmente desde Hegel en adelante, la exclusión aparece como un problema para el Estado: ante la amenaza de la paz social, se instaura la pregunta sobre qué debe hacer un gobierno para evitar que las desigualdades extremas lleven irremediablemente a la violencia, guerra y revolución. Para la indagación sobre la respuesta del Derecho Penal a este problema, se analizan las respuestas de Marx y Engels, Foucault, Luhmann, entre otros, cuyos hallazgos permiten desvelar las enormes desigualdades que pesan sobre las personas reales bajo la capa del falso igualitarismo jurídico-legal de las personas abstractas. Asimismo, la obra actualiza tales postulados según las nuevas condiciones sociales en el contexto del capitalismo tecnológico, donde se substituye el control disciplinario por uno de tipo securitario, más difuso, modulable y sofisticado; se trata de un análisis bien complementado, pues el autor también trata el tópico de los efectos de la exclusión en la psicología humana y en el desarrollo cognitivo y afectivo de quienes la sufren.

El desarrollo de cómo la exclusión social perturba nuestro modo habitual de legitimar el castigo está contenido en la parte segunda, rotulada “La legitimidad política del castigo del excluido social: exclusión, personalidad y ciudadanía”. En ella, por un lado, Cigüela profundiza en las diferentes teorías de la pena, constatando cómo éstas han “resuelto” el problema ignorándolo u ocultándolo tras “una teoría apolítica del Derecho Penal indiferente a todo lo que exceda de una concepción metafísica de la identidad subjetiva”⁴; por otro, revisa diferentes caracterizaciones del sujeto obligado en un muy claro y dirigido despliegue de las teorías de la ciudadanía, desde Günther y Mañalich, pasando por Duff y Gargarella, hasta Pawlik y Silva Sánchez, incluyendo en su panorámica la teoría “agnóstica” de Zaffaroni. Destaca los límites y la utilidad de cada una de estas teorizaciones, en tanto aportan un lugar nuevo y aún desaprovechado, “más politizado y menos esencialista”⁵, desde el cual pensar la legitimidad penal. A medida que se desarrolla esta segunda parte, aparecen y se perfilan nítidas las que el autor denomina *causas de*

⁴ CIGÜELA SOLA, Javier, cit. nota n°1, p. 269.

⁵ CIGÜELA SOLA, Javier, cit. nota n°1, p. 270.

OVALLE, María Fernanda Recensión: CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del Excluido Social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 382 páginas.

ilegitimidad de la pena, déficits de legitimidad, no ya tanto moral, sino *política* de un Estado democrático y de Derecho para castigar a aquel sujeto cuyo delito está conectado a un contexto excluyente de origen injusto. Se trata, muy probablemente, del principal aporte de esta obra. Asumiendo que las teorías normativas deben medirse no sólo por su corrección abstracta, sino también por su capacidad crítica y potencial transformador de las prácticas concretas, esta segunda parte no sólo logra poner en evidencia cómo la dogmática jurídico-penal históricamente ha dado por supuesta la legitimidad del castigo, sino que esclarece de qué modo determinadas personas están todavía demasiado lejos de las condiciones de vida que justificarían el reproche. En base a esta premisa el autor postula la apertura del Derecho Penal a una justicia que está por venir, sólo si somos capaces de ajustar y corregir la respuesta social frente a situaciones que cuestionan la legitimidad del castigo. Esto permitiría combatir el escepticismo y pesimismo que rondan al Derecho Penal. Debe notarse, de inmediato, que no se trata de construir un “Derecho Penal del excluido” aplicable en bloque a esta categoría de personas, precisamente porque la exclusión no es una cualidad ontológica, sino más bien una forma diferente de habitar lo político, esto es, situaciones que afectan de diferentes modos a los sujetos, admitiendo graduación.

La concreción de tales conclusiones en la teoría del delito y de la pena, haciéndolas permeables a las cuestiones de filosofía política y de justicia social, se desenvuelve en el último capítulo “Exclusión social y teoría del delito: La justicia social en las categorías dogmáticas”, continuación natural de la parte II. Aquí se ofrece un análisis dogmático atento a la exclusión social respecto sólo de algunas categorías, sin pretender hacerse cargo de una revisión acabada y exhaustiva de la totalidad del estudio de la teoría del delito y de la pena. Se indica cómo la exclusión social podría repercutir inmediatamente, primero, sobre la imputabilidad, por socialización exótica o anómala; luego, en el error de prohibición, en tanto dificultades para reconocer el derecho cuya infracción se pretende imputar al sujeto; continúa dedicando un apartado al derecho de necesidad, en la medida en que, en la ponderación de intereses, los efectos de la exclusión pueden justificar o exculpar la infracción de determinadas normas jurídico penales, para lo cual no sólo es necesario atender a la importancia preventiva de dichas normas, sino, además, a los efectos empíricamente demostrados de la propia situación excluyente; también pasa revista a las consecuencias que la exclusión tiene en la inexigibilidad, que ha recibido mayor atención por parte del penalista; finalmente, desarrolla cómo deben considerarse las dificultades del autor al orientarse conforme a la norma infringida en sede de individualización de la pena. Ya fuera de las teorías del delito y de la pena, aborda, de modo más sugerente que concluyente, otro tipo de medidas, como determinados *mediating principles* (v. gr. principios de tolerancia, proporcionalidad, subsidiariedad, *ultima ratio*) y el indulto o la gracia, para concluir proponiendo la revisión de las legislaciones, especialmente, de aquellas que sean potencialmente discriminatorias.

Iluminadas ciertas bases fértiles sobre las cuales continuar la discusión en torno a la legitimidad del castigo del excluido y sugeridos múltiples caminos que aún quedan por explorar, el trabajo aquí presentado, sin duda, alentará en su recorrido al investigador que

albergue el anhelo de contribuir en el avance hacia un Derecho Penal más atento a la realidad social y más próximo a la justicia, a pesar de los tiempos que corren.