

Extrema pobreza y poder penal

Rocío LORCA¹

1. Introducción: perspectivas para abordar la relación entre castigo y pobreza

La pena estatal aparece en nuestros relatos conceptuales e históricos como un triunfo de la razón por sobre nuestras pasiones². Las penas no serían pura violencia, ni aquella forma de «justicia salvaje» que BACON atribuyera a la venganza, sino un acto de autoridad susceptible de ser organizado bajo principios de justicia política, bajo la lógica de la legalidad y del interés público³. En la práctica, sin embargo, el derecho penal ha tendido a concentrarse en la vida de quienes se encuentran en las posiciones sociales más desaventajadas, configurando y reproduciendo experiencias de precariedad, discriminación, desorden y abandono⁴. En este contexto, los relatos de legalidad, justicia política, interés público o triunfo civilizatorio se vuelven algo difíciles de sostener⁵.

Esta dificultad ha sido percibida por muchos teóricos del derecho penal quienes, desde distintas perspectivas, hemos sostenido que castigar a personas que sufren de extrema pobreza es problemático para la validez de nuestras prácticas punitivas⁶. En este capítulo

¹ Profesora de Derecho de la Universidad de Chile, rlorca@derecho.uchile.cl. Agradezco la ayuda editorial de Diego ROCHOW. Este capítulo ha sido elaborado en el marco de los proyectos Fondecyt Iniciación N° 11180839 y Fondecyt Regular N° 1170056.

² MACCORMICK y GARLAND, 1998: 11-30; LORCA, 2018.

³ La cita es del ensayo de Francis BACON “De la Venganza”. Sobre el carácter público del castigo como su elemento distintivo, LORCA, 2018 y NOZICK, 1981: 366-370.

⁴ La conexión general entre criminalidad y desventajas sociales es un fenómeno que ha sido estudiado por los criminólogos desde los orígenes de la disciplina. Una colección notable de las primeras ideas sobre este tópico puede encontrarse en BONGER, 1916. Las aproximaciones más contemporáneas están de acuerdo en la idea de que al menos una de las características de la justicia penal radica en que opera como una forma de gobierno que es enfrentada casi exclusivamente por los más desaventajados. Algunos de los trabajos más influyentes en torno a esta visión son RUSCHE y KIRCKCKEIMER, 2013; HAY, 1974; MERTON, 2005; SYKES y MATZA, 1957; TAYLOR, WALTON y YOUNG, 1957. Para una reflexión sobre el caso de Estados Unidos, uno de los ejemplos más patentes a nivel mundial de este fenómeno, véase TONRY, 1996; WILSON, 1996; WESTERN, 2006; PATILLO, WEIMAN, y WESTERN, 2006; IRWIN, 2013; WACQUANT, 2009. Como ejemplo estadístico, considérese el caso de Estados Unidos. En 2008, 39,8 millones de personas estaban viviendo en la pobreza, es decir, un 13.2% de la población del país. Véase U.S. CENSUS BUREAU, 2009. Aunque no es sencillo determinar cuántos internos son pobres bajo los mismos estándares, el preso promedio es parte del grupo menos educado de la sociedad y recurre a los abogados financiados públicamente. En 1998, los abogados financiados con recursos públicos representaron a cerca del 66% de los acusados en los 75 condados más poblados, mientras que en 1996 representaron al 82% de los acusados por delitos menos graves en los 75 condados más habitados. Véase BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2000, y BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 1999. Con respecto al nivel educacional, en 1997, un 41% de los internos en Estados Unidos no había completado la secundaria o su equivalente, y el mismo año solo un 18% de la población mayor de 18 años había terminado el 12° grado. Véase BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2003, y WESTERN, 2006: 15-18.

⁵ WATSON, 2003: 271-276.

⁶ MURPHY, 1973; SADURSKI, 1985 y 1988; DUFF, 2001, 2010; LORCA, 2012 y 2018; MAÑALICH, 2013; BEADE y LORCA, 2017; GARVEY, 2015; GARGARELLA, 2016.

quisiera presentar algunas reflexiones generales en torno a cómo es posible pensar sobre este problema desde la teoría del derecho penal, y cuál es a mi parecer el desafío más importante que la pobreza le genera a la justificación de las penas estatales.

La tesis propuesta por este capítulo es que no es posible justificar el castigo en contextos de extrema pobreza, porque la pobreza debilita el vínculo político entre un Estado y un sujeto al punto de no dejar espacio alguno para la reclamación de una autoridad para castigar⁷. Pero esta no es la única perspectiva desde la cual puede diagnosticarse un problema normativo en la relación entre castigo y pobreza, por eso en lo que queda de esta introducción presentaré brevemente otras aproximaciones que pueden tomarse frente a este asunto.

1.1. Dos tipos de problema

Desde un punto de vista analítico, en la relación entre pobreza y castigo hay por lo menos dos supuestos de hecho que pueden ser analizados normativamente y que dan origen a problemas diferentes. Un primer supuesto de hecho está dado por el carácter selectivo que el derecho penal parece tener en relación con la pobreza. Esta selectividad del derecho penal se expresaría fundamentalmente en que, a diferencia de las conductas realizadas por los grupos sociales más privilegiados, las conductas cometidas por lo más pobres se criminalizarían más, se controlarían más por las policías, se perseguirían más por las fiscalías y se condenarían con mayor severidad por parte del órgano adjudicador. De ser cierto este hecho, el problema normativo se produciría por una evidente infracción a ciertos principios elementales de un Estado de Derecho, tales como la igualdad ante la ley y la imparcialidad en su aplicación⁸. Aun cuando la sociología del castigo ha tenido dificultades en mostrar con precisión cómo es que la pobreza actúa como factor del castigo, hay bastante acuerdo en que sí existe una correlación empírica entre ambos y que el derecho penal sí es selectivo en contra de los grupos sociales más desaventajados⁹.

Un segundo orden de problemas, el que me interesa abordar aquí, surge de un supuesto de hecho más sencillo, este es, la mera concurrencia del castigo estatal y la extrema pobreza en la vida de una persona. Lo que se analiza en este caso es el impacto que tiene

⁷ En otra oportunidad he sostenido una versión algo más extrema según la cual cuando castigamos a personas extremadamente pobres lo que estamos haciendo ni siquiera se adecúa a nuestra propia concepción de lo que el castigo legal *es*. Esto es así, pues más allá de la cuestión de la justificación de la pena en su relación con el delito cometido, el castigo tiene una retórica inequívoca que apela a ser una práctica de justicia y legalidad. Si esta pretensión no es sostenible, entonces, no cabe hablar de «castigo injustificado», sino que corresponde hablar de hostilidad o agresión. Véase LORCA, 2018.

⁸ La imparcialidad no solo es una característica de la definición del derecho moderno, sino también un ideal normativo en cuanto a la forma en que se espera que se ejerza la autoridad pública. Véase WALDRON, 2009-2008: 7-9. Para una descripción de las principales características del derecho moderno, ver GALANTER, 1969.

⁹ La conexión causal entre pobreza y delito ha probado ser extremadamente difícil de comprobar para la criminología. Cualquier pretensión causal simplista con respecto a la conexión entre criminalidad y desventaja social con seguridad se considera errada e ideológicamente sesgada, pues, pese a la sobrerrepresentación de personas pobres en el sistema penal, la mayor parte de las personas que pertenecen a los grupos más desaventajados de la sociedad son ciudadanos respetuosos de la ley. En este sentido, véase PATILLO, WEIMAN y WESTERN, 2006: 2-3. Un buen estudio de la investigación criminológica en esta área puede encontrarse en WHEELLOCK y UGGEN, 2008. Asimismo, véase MATZA, 1982, y GARLAND, 2001.

la pobreza en sí misma sobre la legitimidad de las penas, con independencia del tipo de correlación empírica que exista entre pobreza, criminalidad y castigo. El problema que se observa entonces no precisa que las instituciones jurídico-penales expresen una tendencia contraria hacia lo más pobres, ni requiere la comprobación de una correlación histórica o causal entre pobreza, delito y castigo. Lo único que se requiere es que exista un sujeto que sufre de extrema pobreza al que se le haya impuesto o se le pretenda imponer una pena.

Este segundo supuesto de hecho puede, a su vez, ser analizado por lo menos desde dos puntos de vista: desde el individuo o desde el Estado. En el primer caso, lo que se investiga es si acaso la extrema pobreza podría afectar al individuo al punto de excluir alguna de las condiciones de la responsabilidad penal individual (1.2.). En el segundo caso, lo que se investiga es si acaso la extrema pobreza podría por sí sola cuestionar la normatividad del derecho penal y la correspondiente autoridad del Estado para castigar (1.3.). Veamos brevemente en qué consisten ambos puntos de vista.

1.2. Pobreza y agencia

Sin duda las circunstancias sociales pueden afectar las condiciones de nuestra responsabilidad jurídico-penal. Para que una persona pueda ser penalmente responsable debe, por una parte, contar con ciertas capacidades cognitivas que le permitan interactuar en un sistema social organizado sobre la base de reglas y, por la otra, debe contar con las capacidades volitivas que le permiten ajustar su conducta a las reglas sociales correctamente comprendidas. Es perfectamente plausible pensar que ambos tipos de capacidades pueden verse afectadas no solo por condiciones internas de un agente sino también por su contexto social o económico, aunque dicha afectación no necesariamente ha de conducir a eximir a un agente de su responsabilidad penal.

Para investigar si acaso un contexto de extrema pobreza ha de eximir de responsabilidad penal a un agente, o atenuar su nivel de responsabilidad, hay por lo menos tres preguntas específicas que la teoría del derecho penal puede formular: 1) ¿puede la extrema pobreza afectar las capacidades psicológicas de un sujeto para interpretar la realidad normativa y controlar sus movimientos corporales de un modo tal de volver involuntaria su conducta?; 2) ¿puede la extrema pobreza presionar a un individuo de un modo tal de hacer de su conducta una acción no libre o coaccionada?; y 3) ¿puede la extrema pobreza menoscabar las posibilidades de un individuo de comprender el contenido de la norma y, en consecuencia, de ser motivado por ella?¹⁰

Todas estas preguntas son extremadamente interesantes y configuran un espacio de investigación todavía abierto¹¹. Por ejemplo, en relación con la pregunta de si acaso una condición de extrema pobreza puede afectar las capacidades psicológicas de un individuo para actuar racionalmente, existen diversos estudios que sugieren que la falta de medios materiales puede afectar la racionalidad en las decisiones de un sujeto por volver más urgente la solución de ciertas necesidades, dificultando una planificación estratégica de

¹⁰ Para una revisión más completa (y en general, crítica) sobre estos argumentos, véase, LORCA, 2012.

¹¹ Algunos ejemplos de análisis en este sentido pueden encontrarse en DELGADO, 1985 y BUSS, 1987.

largo plazo. Esto es lo que se conoce como «sicología de la pobreza» de acuerdo con la cual la falta de acceso a recursos mínimos dificulta que las personas se planteen metas y objetivos que calzan con lo que una sociedad define como «decisiones racionales». En teoría, además, la preocupación por la satisfacción de necesidades básicas ocuparía recursos mentales que dificultan la participación en actividades intelectuales más sofisticadas como leer y reflexionar, que son necesarias para la realización de tareas productivas mejor remuneradas¹².

Sin perjuicio de lo interesante que puedan ser estas preguntas y líneas de investigación, en otro lugar he revisado varias de ellas y he sostenido que no ofrecen un espacio demasiado fértil para reflexionar en torno al impacto de la pobreza en nuestra práctica penal, pues para que sus objeciones a la responsabilidad penal individual sean teóricamente convincentes, han de tener un ámbito de aplicación muy restringido¹³. Esto hace que sean teorías que si bien pueden ser útiles para analizar los casos más extremos de marginalidad, no logran dialogar con la intuición compartida de que existe un problema general en el castigo de las personas que sufren de extrema pobreza.

1.3. Pobreza y potestad punitiva del Estado

El segundo punto de vista que he mencionado más arriba corresponde al Estado. Aquí la pregunta por la legitimidad del castigo en contextos de extrema pobreza no tiene que ver con si existe o no un individuo responsable sino con si corresponde imponer una pena a un infractor responsable, *pero* extremadamente pobre. ¿Qué tipo de preguntas debemos hacernos para determinar si el Estado actúa legítimamente al castigar a un individuo responsable que es extremadamente pobre? Aplicando a este contexto el marco analítico propuesto por G. M. ANSCOMBE y al que volveré más adelante, la averiguación sobre la legitimidad del poder punitivo del Estado en estos casos exige que respondamos por lo menos dos preguntas: 1) ¿es la pena una respuesta adecuada frente a un delito cometido por un sujeto extremadamente pobre?, y 2) ¿tiene el Estado autoridad suficiente como para imponerle una pena «adecuada» a un sujeto extremadamente pobre?

La primera de estas preguntas corresponde al ámbito de las teorías de la pena, y supone preguntarse por la manera en la que estas teorías pueden incorporar el problema de la pobreza en su aparato argumentativo. La segunda pregunta, en cambio, exige revisar la relevancia que tiene la autoridad política para la legitimación de las penas y el impacto que la pobreza puede tener sobre dicha autoridad. En lo que queda de este capítulo revisaré ambas preguntas y me concentraré en la segunda, pues a mi parecer esta es la perspectiva desde la cual podemos explorar mejor la relación entre pobreza y castigo.

El orden de exposición será el siguiente. En la siguiente sección haré una breve referencia a la utilidad o falta de utilidad que las teorías de la pena presentan para analizar críticamente la relación entre derecho penal y pobreza. Luego, en la tercera sección de este capítulo presentaré brevemente una concepción política del derecho penal de acuerdo

¹² Véase por ejemplo, MANI, 2013 y HAUSHOFER, 2014.

¹³ LORCA, 2012. El problema es básicamente que cuando la pobreza es presentada como una objeción para afirmar agencia penal responsable, esto nos conduce a cuestionar la posibilidad general de afirmar nuestra capacidad de responsabilidad.

con la cual la legitimidad de las penas precisa no solo de una racionalidad adecuada sino también de una entidad con autoridad para imponerlas. Finalmente, en la cuarta sección, estipularé un concepto de autoridad política y un concepto de extrema pobreza, para analizar de qué manera esta última puede destruir el vínculo de autoridad política entre un individuo y un Estado y, en esa medida, volver ilegítimas las penas que pudieran corresponder en dicha relación.

2. Pobreza y legitimidad del poder penal: las teorías de la pena

Las denominadas «teorías de la pena» son teorías que proponen un set de estándares como condiciones necesarias y suficientes para evaluar la permisibilidad del castigo estatal, y que tienden a traducirse en proposiciones sobre la racionalidad adecuada de las penas. De esta manera, las teorías de la pena responden a las preguntas de *por qué* y *para qué* castigar. Para analizar la manera en la que estas teorías pueden servir para considerar el impacto de la extrema pobreza en la legitimidad del castigo, dividiré el universo de teorías de la pena entre teorías consecuencialistas y teorías retribucionistas o de merecimiento.

2.1. Teorías consecuencialistas

Las teorías consecuencialistas de la pena la justifican por su capacidad para alcanzar ciertos bienes sociales determinados tales como la disuasión, la educación moral de una comunidad, la rehabilitación de los infractores, etcétera. En último término, la permisibilidad del castigo depende de su capacidad para contribuir en la obtención de ciertos bienes más que en consideraciones de mérito o merecimiento, a pesar de que en muchas oportunidades estas son exigidas como requisitos independientes para la permisibilidad de la práctica, o como criterios de distribución de la pena¹⁴.

Este tipo de teorías podría interesarse en los problemas que la extrema pobreza le genera al derecho penal en la medida que la extrema pobreza pudiera dificultar la consecución de sus fines. Sin embargo, en la mayoría de los casos la injusticia social es el punto de partida o el *statu quo* desde el cual el castigo ha de promover la obtención de los bienes definidos. De ahí que es más probable que estas teorías aboguen por una tendencia contraria hacia los pobres en vez de identificar un problema normativo en castigar a personas que sufren de extrema pobreza¹⁵.

Imaginemos, por ejemplo, una teoría de la pena que proponga como su fin exclusivo la prevención especial del delito en el sentido de prevenir que un sujeto determinado cometa un delito en el futuro. Pensemos en un infractor prototipo al que llamaré Carlos. Carlos vive en un área extremadamente pobre de una gran ciudad, pertenece a una minoría étnica o racial y no logró terminar su educación básica porque tuvo que comenzar a trabajar desde muy joven para colaborar con la manutención de su hogar. Varios vecinos, amigos y familiares de Carlos tienen una historia parecida y actualmente obtienen ingresos prestando servicios como vendedores de una red de tráfico de drogas. Si este es su contexto, no sería nada extraño que Carlos termine participando en el negocio familiar,

¹⁴ Al respecto, pueden consultarse: ROXIN, 1997: 93-110; RAWLS, 1955; HART, 2008: 1-28.

¹⁵ VON HIRSCH, 1976: 147.

seguramente este pagará un poco mejor que lo que le ofrece el mercado laboral formal, estará inmediatamente disponible para él y, además, le dará un espacio de protección y reconocimiento en su comunidad.

Si las penas se justifican porque previenen la comisión de delitos, entonces, dado que el contexto social y económico de Carlos vuelven probable que él infrinja una prohibición penal, dicho contexto será una razón para controlarlo y castigarlo más que a un joven que no comparte sus circunstancias, pues la prevención es más importante allí donde hay mayor probabilidad de que se produzca el evento que se busca evitar. Que en los hechos las penas no sean un instrumento útil para prevenir es un asunto diferente¹⁶.

Una situación similar emerge en el caso de la prevención general negativa, en donde las penas se comprenden como un mecanismo de disuasión mediante intimidación dirigido a la generalidad de la población. Si es cierto que la mayoría de los delitos pesquisados son cometidos por personas pobres, entonces, para una teoría de esta naturaleza, la pobreza es una razón para reforzar el castigo antes que para cuestionar su validez¹⁷. De ahí que para esta y otras versiones de las teorías consecuencialistas de la pena, la pobreza antes que otorgar una razón para cuestionar la práctica penal, podría constituir una indicación de que la pena es necesaria. En palabras de Andrew VON HIRSCH:

«Las teorías utilitaristas [...] tienen un mayor potencial para discriminar, pues podrían promover la toma de medidas más severas en contra de los pobres, precisamente por su pobreza. Si, por ejemplo, la severidad de las penas debe determinarse con base en su capacidad de disuasión, podría sostenerse que los delitos que son generalmente cometidos por los pobres deben castigarse más severamente, porque las personas pobres tienen mayores incentivos para cometer delitos y entonces necesitan contra-incentivos (castigos) más fuertes»¹⁸.

2.2. Teorías de la retribución o del merecimiento

La retribución funda la legitimidad de las penas en el merecimiento que pesa sobre el autor a consecuencia de la comisión culpable de un delito. En principio, podría parecer que las teorías retribucionistas no necesitan preocuparse del contexto social o político en que el delito tiene lugar dado que lo que funda la pena es la correspondencia que existe entre esta y la acción culpable del agente. En dicha ecuación (que además suele presentarse en términos morales) el contexto económico, social o político del infractor no parece ser relevante. Sin embargo, varios teóricos de la retribución han expresado dudas sobre la permisibilidad de castigar a personas extremadamente pobres¹⁹. Los ejemplos

¹⁶ Esta sería una objeción a la teoría, pero no un análisis de cómo la teoría interactúa con la pobreza como fenómeno o como su contexto de aplicación.

¹⁷ HUDSON, 1994: 67.

¹⁸ VON HIRSCH, 1976: 147.

¹⁹ Quizás el mejor ejemplo es el trabajo de Antony DUFF, aunque caracterizarlo como retribucionista no es del todo correcto y como su argumento sobre la falta de permisibilidad de castigar a personas extremadamente pobres no surge de la racionalidad de las penas sino de lo que él denomina las «precondiciones del castigo», no corresponde analizarlo en esta sección. Véase DUFF, 2001 y 2010. En la conclusión de este capítulo volveré sobre sus ideas sobre la relación entre castigo y pobreza.

más característicos han venido desde teorías que conciben a la retribución bajo la lógica de un principio de reciprocidad²⁰.

El argumento es básicamente el siguiente: desde el punto de vista de la reciprocidad, la fuente de merecimiento de las penas reside en una supuesta ventaja injusta que el infractor obtiene al cometer su delito. La pena entonces se justificaría como una práctica que corrige el desequilibrio que el delito pudo producir en la distribución (justa) de los beneficios y costos de la cooperación social²¹. El delincuente, por su parte, merece una pena porque al cometer su delito ha obtenido una ventaja injusta a costa de los demás miembros cooperadores de la sociedad²². El presupuesto para que este esquema funcione es la existencia de una distribución inicial justa que es perturbada por el delito. Esto explica que sea difícil justificar las penas en sociedades extremadamente injustas donde no existe un equilibrio inicial que pueda ser perturbado por la infracción penal²³. Este sería, por ejemplo, el caso de sociedades que tienen un alto nivel de injusticia económica²⁴.

Si bien estas perspectivas sobre la retribución ofrecen un marco teórico interesante para analizar la legitimidad del derecho penal en contextos de extrema pobreza, presentan una noción poco convincente de delito, pena y merecimiento²⁵.

En primer lugar, estas teorías no permiten distinguir la idea misma de delito. Para analizar este punto debemos determinar primero qué beneficio supuestamente obtiene el delincuente con su crimen que luego es restaurado a través de la pena. Una posibilidad es que el delincuente obtenga las ventajas de no obedecer al derecho mientras disfruta de los beneficios de vivir en un Estado de Derecho que es sostenido por el resto de los ciudadanos obedientes²⁶. Otra posibilidad es que la justicia penal distribuya derechos de autonomía, de modo tal que el delito sería una invasión en la esfera de autonomía de una persona y la violación de un deber de auto-restringirse, mientras que la pena sería un mecanismo de compensación de este beneficio inmerecido mediante la imposición de una carga extra (un plus de privación de autonomía)²⁷.

Si el delito es una ventaja injusta porque el infractor disfruta los beneficios del Estado de Derecho, sin asumir las cargas que le corresponden para sostenerlo (obedecer el derecho), ¿qué distinguiría a un delito de cualquier otra infracción legal? Y ¿cómo podríamos comprender la intuición compartida de que algunos delitos son más serios que otros? Por

²⁰ DAGGER, 1993; SADURSKI, 1985 y 1988. Desde una perspectiva algo distinta, véase también MURPHY, 1973 y MAÑALICH, 2013.

²¹ DAGGER, 1993: 476.

²² SADURSKI, 1988: 354-355.

²³ DAGGER, 1993: 477; MURPHY, 1973.

²⁴ MURPHY, por ejemplo, sostiene que una visión de la retribución basada en la reciprocidad es la única teoría de la pena aceptable, sin embargo, es una teoría impracticable en una sociedad de clases. Él sostiene que, en una sociedad de clases altamente desigual, es poco probable que los pobres consintieran en un sistema legal del que no obtienen beneficios razonables. Presumiblemente, agentes racionales no apoyarían un sistema que los excluye, de ahí que la retribución no debería poder justificar la pena. Véase MURPHY, 1973.

²⁵ ODUDU, 2003.

²⁶ DAGGER, 1993: 478.

²⁷ SADURSKI, 1988.

otra parte, si no hay un balance previo entre los beneficios y las cargas de vivir en un Estado de Derecho, ¿quiere decir esto que el injusto de los delitos desaparece?

Estas preguntas sugieren que pensar el delito de esta manera está demasiado desconectado de nuestras prácticas y aparece como poco plausible, pudiendo llevar a absurdos como que una infracción de deber negligente cometida por un funcionario público pueda ser considerada como más grave que un delito doloso de violencia doméstica²⁸. La dificultad para dar sentido a la categoría de delito no mejora en el caso de teorías que conciben al delito como una ventaja en términos de autonomía, porque la mayoría de las personas no sienten una inclinación a cometer los delitos contemplados en nuestros códigos penales y de ahí que no perciben al derecho penal como una restricción de su autonomía de la cual el delincuente se libera injustamente²⁹.

En segundo lugar, en relación con la comprensión de las penas que estas teorías proponen, no queda claro por qué las penas serían un mecanismo apropiado para restaurar el balance entre beneficios y cargas de la cooperación social que habría sido perturbado por el delito. El castigo no es un recurso escaso que necesite ser distribuido en el contexto del esfuerzo general por distribuir las cargas y beneficios de la cooperación social, debe haber una razón independiente que explique por qué las penas (en particular las penas privativas de libertad) son un mejor mecanismo para restaurar el balance que otros mecanismos, quizás menos violentos³⁰.

Finalmente, la fuente de merecimiento para el castigo descansaría en el hecho de que el infractor esquiva de manera injusta los costos que debe acarrear para merecer los beneficios de la cooperación social. Pero incluso en el caso hipotético de que la distribución de los beneficios y cargas de la cooperación social sea razonablemente justa, ¿es este aprovechamiento una base adecuada para el merecimiento? Posiblemente aquí las teorías de la reciprocidad son vulnerables a la objeción de NOZICK según la cual es inadecuado forzar a los individuos a cargar con los costos de mantener beneficios que ellos no han solicitado ni consentido³¹. En consecuencia, la afirmación de merecimiento exige más que un puro principio de equidad, debe existir una obligación natural o consensual que vincule a alguien con la mantención de la cooperación social de una comunidad determinada.

En “*Marxism and Retribution*” Jeffrey MURPHY parece ofrecer una solución a la crítica de NOZICK al sostener que la fuente de merecimiento en una teoría de la pena basada en un principio de reciprocidad se encontraría en el consentimiento hipotético del penado. MURPHY concuerda con NOZICK en que las decisiones políticas tienen que ser

²⁸ DAGGER intenta responder esta objeción a través de la distinción entre *mala prohibita* y *mala in se*. Sostiene que en el caso de los delitos *mala in se* el fundamento de su prohibición no es solo el principio de reciprocidad sino razones adicionales e independientes, pero entonces en esos casos el problema de la pobreza y la injusticia en la distribución inicial se vuelve irrelevante o invisible. DAGGER, 1993: 484.

²⁹ ODUDU, 2003.

³⁰ Podría sostenerse que entonces estas teorías defienden otro tipo de «penas» como los trabajos en beneficio de la comunidad. Pero entonces es difícil comprender estas teorías como aparatos útiles para comprender nuestro derecho penal vigente, que, por el contrario, descansa fundamentalmente en las penas privativas de libertad.

³¹ NOZICK, 1974: 90-95.

consentidas por sus destinatarios para poder apelar a su voluntad y respetar de este modo su autonomía³². Sin embargo, de acuerdo con MURPHY las personas han consentido en su propio castigo si en una posición hipotética anterior habrían elegido las instituciones de castigo como el mecanismo adecuado para lidiar con quienes infringen ciertas instituciones³³.

Para MURPHY, en una sociedad de clases altamente desigual, la pena no puede justificarse porque personas racionales no habrían querido su castigo en el contexto de un arreglo social que no honra un principio de reciprocidad o equidad en la distribución de los beneficios y cargas de la cooperación social³⁴. En otras palabras, en una sociedad altamente injusta, los infractores penales no pueden ser tenidos como participantes voluntarios en un sistema de cooperación recíproca y, de ahí, que la pena no puede justificarse como un mecanismo que restaura el balance en la distribución de beneficios y cargas que el delito habría perturbado³⁵.

En principio esto parece ser correcto, sin embargo, para que su teoría fuera convincente debería ser posible afirmar que, en una situación de hecho diferente, el derecho penal sí podría justificarse. ¿Pero puede el consentimiento hipotético superar la objeción de NOZICK? A mi parecer, no. El consentimiento hipotético puede ser una herramienta heurística útil para determinar el contenido de principios normativos o aspiraciones sociales, pero no es una instancia de consentimiento en el sentido de ser una manera de aceptación informada y voluntaria que puede dar origen a una obligación³⁶. En otras palabras, que lo racional haya sido consentir a algo no quiere decir que de hecho hayamos consentido, sea de manera tácita o expresa, y es extraño sostener que personas autónomas pueden consentir en vincularse a una obligación sin siquiera saberlo³⁷.

3. Pobreza y legitimidad del poder penal: autoridad política

La revisión de algunas teorías de la pena sugiere que estas no constituyen un marco teórico útil para reflexionar sobre el impacto que ha de tener la pobreza en la legitimidad del poder penal del Estado, ya sea porque no están interesadas en la injusticia económica o porque cuando sí lo están, los planteamientos teóricos en los que descansa esta preocupación no son convincentes, como ocurre en el caso de las teorías de la retribución que funcionan bajo la lógica de la reciprocidad. Pero aun si existieran teorías de la pena que fueran plausibles y ofrecieran buenos argumentos sobre la relación entre pobreza y castigo, discutir sobre la legitimidad del castigo en contextos de extrema pobreza en el

³² MURPHY, 1973: 223.

³³ MURPHY, 1973: 230.

³⁴ MURPHY, 1973: 229, 241.

³⁵ MURPHY, 1973: 240-241.

³⁶ SIMMONS, 1985: 76-77.

³⁷ SIMMONS, 84-87. Y véase por cierto el brillante argumento de David HUME en su ensayo sobre el contrato original, HUME, 2006: 367. Es importante aclarar que el punto aquí es simplemente que disfrutar un beneficio de la cooperación social no puede por sí solo implicar una aceptación voluntaria de dicho beneficio o del arreglo que le da origen. Esto no quiere decir que no hay conexión entre la equidad y nuestras obligaciones porque las consideraciones de equidad o reciprocidad pueden impedir que un acto voluntario genere obligaciones genuinas, como ocurre, por ejemplo, si prometo transformarme en el esclavo de alguien. Esto quiere decir que disfrutar un beneficio puede ser un requisito para la creación de una obligación genuina, pero no puede ser suficiente para originarla.

contexto de las teorías de la pena tiene la desventaja de dejar fuera de la conversación a quienes permanecemos escépticos frente a la posibilidad de encontrar fines que justifiquen al castigo estatal.

Sin embargo, y como he señalado más arriba, la legitimidad del poder penal no solo exige encontrar una racionalidad adecuada sino también afirmar que el Estado posee autoridad sobre quien castiga. En tanto condición de legitimidad de la pena, la autoridad política es un problema que ha de interesar a todas las teorías de la pena por igual, y que además es una cuestión relevante sea que creamos en la posibilidad de justificar las penas o no³⁸.

Mirado como un problema de autoridad, el problema de justificar las penas no se relaciona con la pregunta de si acaso estas son una respuesta apropiada frente a un tipo de comportamiento o de infractor determinado, sino con la cuestión de qué otorga a alguien en particular las credenciales para imponer penas (apropiadas) sobre otro. Es posible que uno pueda merecer una pena o que la imposición de una pena acarree consecuencias beneficiosas que la vuelvan adecuada, pero esto es un asunto distinto del por qué un determinado Estado puede imponer estas penas sobre un determinado individuo. Esto último es lo que podríamos llamar el problema de «quién puede castigar a quién» por oposición al problema de «cuándo, porqué o para qué podemos castigar»³⁹.

La justificación del castigo, como de toda forma de ejercicio de poder político, exige que respondamos ambas cuestiones, esto es, una pregunta sobre lo apropiado de la pena y otra pregunta sobre la autorización de quien castiga para ejercer esta acción sobre otro. Esta forma de comprender la pregunta por la legitimidad del poder del Estado fue formulada por G. M. ANSCOMBE en los siguientes términos:

«La justificación tiene dos partes. Primero, son los penados injustamente tratados al ser castigados [...] en el sentido de recibir un trato que no merecen [...] Pero hay una segunda pregunta que se relaciona con el derecho a imponer esta aflicción merecida. Uno puede ser injustamente tratado de esta segunda manera al sufrir un trato merecido de manos de alguien que carece de derecho para infligirlo»⁴⁰.

¿Quién puede entonces castigar? ¿De dónde emana la autoridad que el Estado reclama para castigar? Para responder estas preguntas hay básicamente dos posibilidades: o la autoridad del Estado para castigar emana directamente de la moral o se trata de un orden normativo cuya validez descansa en la afirmación de un vínculo de autoridad política válido. En otro lugar he analizado *in extenso* ambas perspectivas y he defendido una concepción política del derecho penal según la cual la normatividad del derecho penal, como de toda otra área del derecho, depende de la existencia de un deber independiente

³⁸ El hecho de que las distintas teorías de la pena puedan llegar por distintos caminos a identificar la importancia de la autoridad no obsta para afirmar que, en todo caso, cualquier teoría plausible sobre la justificación de las penas debería reconocer la importancia de que quien las imponga tenga una cierta autoridad especial sobre el castigado. Sobre la idea de precondiciones del castigo, véase DUFF, 2001. Y en contra de una visión no-política de la pena, véase LORCA, 2016.

³⁹ En este sentido véase DUFF, 2010 y también COHEN, 1994; y SCANLON, 2008.

⁴⁰ ANSCOMBE, 1990: 163.

de obedecer al derecho *qua* derecho, que emana de la naturaleza y calidad del vínculo político que existe entre un Estado y un individuo⁴¹.

De acuerdo con una concepción política del derecho penal, la autoridad para castigar no se origina en un atributo moral de los individuos ni en la necesidad de pena, sino en un vínculo de autoridad política. La pena aparece como una institución que está al servicio del proyecto político de la comunidad en la que tiene lugar. Al igual que la obligación de pagar impuestos, el derecho a que se ejecuten las obligaciones contractuales, o el derecho a votar en elecciones de cargos públicos, la pena estatal es una manera en la que se administra justicia política en una comunidad.⁴² Lo que permite al castigo tener un estatus legal es que se presenta como un acto legítimo de una autoridad pública, y de ahí que pueda encarnar una idea de legalidad⁴³.

Esta vinculación que podríamos llamar existencial entre autoridad pública y castigo, hasta hace poco no aparecía demasiado en el pensamiento contemporáneo sobre el derecho y el derecho penal. En efecto, podríamos decir que salvo por algunas destacadas excepciones, desde el siglo XVIII se impuso una visión moral del delito donde las penas son comprendidas como una práctica de responsabilidad individual que viene a fortalecer la idea de individuo soberano y autónomo que impuso el liberalismo. En los últimos años, sin embargo, ha habido un giro hacia la política en el pensamiento penal en el que muchos pensadores contemporáneos han tendido a recuperar la importancia analítica de la naturaleza política y legal del castigo⁴⁴.

Ha sido precisamente en el contexto de este giro hacia la política en donde se han producido las principales investigaciones en torno a la relación entre castigo y pobreza⁴⁵. Una concepción política del derecho penal otorga un espacio fértil para la exploración sobre el impacto de la pobreza en la justificación de las penas, pues al exigir un vínculo de autoridad política para que una persona pueda castigar a otro, se introducen demandas para la justificación de la pena que son externas a la relación de adecuación que pueda existir entre el delito y la pena⁴⁶. Si para afirmar la autoridad política del Estado debemos tener en consideración demandas de justicia social, económica y política, entonces, en una concepción política del derecho penal, estas también son demandas necesarias para la justificación de las penas.

⁴¹ Ver LORCA, 2016, y también LORCA, 2018. Que el derecho obligue en tanto derecho quiere decir que el fundamento de la obligación de obedecer una regla específica del derecho emana en último término del hecho de que se trata de una regla jurídica y no de su contenido. Ver, aunque en contra de que esto sea así, RAZ, 1990: 115-141.

⁴² LORCA, 2018.

⁴³ ALLEN, 1999. Lo que distingue al castigo de instancias de pura violencia es que este apela a una noción de justicia pública en la que el punto de referencia de la reacción es el significado social de lo que un agente ha hecho. Otras formas de violencia como la venganza y las represalias, en cambio, apelan a un juicio privado, en el que el punto de referencia es una idea privada de lo que un agente merece. En este sentido, véase NOZICK, 1981: 366-70.

⁴⁴ DUFF, 2001, y 2010; GARGARELLA, 2016; LORCA, 2016; RISTROPH, 2011; y THORBURN, 2011.

⁴⁵ Véase por ejemplo, DUFF, 2001, y 2010; GARGARELLA, 2016; LORCA, 2018.

⁴⁶ En el contexto de la teoría del derecho penal de Antony DUFF esto es lo que se denomina como «precondiciones del castigo». Véase DUFF, 2001: 183-201.

4. Extrema pobreza, autoridad política y poder penal

Si el castigo debe tener lugar en un contexto de autoridad para poder constituirse como una práctica de justicia y legalidad, ¿puede la extrema pobreza cancelar dicho contexto de autoridad? Seguramente para responder esta pregunta necesitamos primero establecer una concepción de autoridad y una concepción de extrema pobreza.

4.1. Una concepción mínima de autoridad

¿Qué quiere decir que el Estado ha de tener autoridad política para castigar legítimamente? Hablar en términos de autoridad es complicado porque usamos esta palabra para referirnos a muchas cosas distintas y no siempre es claro qué tipo de problema normativo tenemos en mente cuando hablamos de autoridad política. No solo existen distintas ideas sobre lo que la autoridad política *es* (concepto), sino que también existen diversas teorías sobre las fuentes de la autoridad política, esto es, sobre qué es aquello que otorga a alguien autoridad sobre otro (concepción). Para facilitar el análisis que sigue estipularé entonces un concepto y una concepción de autoridad.

Por autoridad política voy a entender el derecho y la capacidad del Estado para crear deberes morales en los individuos sobre los que se reclama autoridad, esto es, un deber moral de obedecer⁴⁷. La ventaja de entender la autoridad política de esta manera es que permite responder al mismo tiempo la pregunta por la autoridad del Estado y la pregunta por la normatividad del derecho, pues si la autoridad política se traduce en una obligación de obedecer, entonces, lo que sea que otorga autoridad política a un agente explica también por qué el derecho (en tanto instrumento de gobierno de dicho agente), obliga.

En relación con las diversas concepciones sobre qué es lo que confiere autoridad a una entidad determinada, para no extenderme demasiado sobre este punto voy a proponer una teoría mínima sobre la autoridad política como la formulada por Thomas HOBBS. Si resulta que la extrema pobreza puede debilitar el vínculo de autoridad bajo los términos de una teoría hobbesiana, entonces, es probable que haga lo mismo frente a cualquier teoría de autoridad política que reclame ser más demandante.

Desde un punto de vista hobbesiano, el vínculo de autoridad está fundamentalmente determinado por el interés del individuo⁴⁸. Las personas necesitan paz y seguridad para asegurar su sobrevivencia y solo la constitución de un soberano puede proveer dicho contexto. Incluso sociedades bien organizadas necesitan un soberano para asegurar su estabilidad en el tiempo, pues podríamos fácilmente perder nuestra confianza mutua y encontrar razones para no cumplir con nuestras obligaciones⁴⁹. El poder político entonces se encuentra justificado porque necesitamos un soberano poderoso que provea las condiciones de seguridad necesarias para el desarrollo y mantención de la cooperación

⁴⁷ RAZ, 1990: 115-41.

⁴⁸ En otro trabajo he presentado de manera algo más extensa mi interpretación de la tesis hobbesiana sobre la autoridad, de modo que en lo que sigue seré breve. Véase LORCA, 2018.

⁴⁹ Esto es lo que RAWLS llama «la tesis de HOBBS». Véase RAWLS, 2005: 204.

social, impidiendo de este modo que vivamos en las condiciones de peligro e inestabilidad que caracterizan el estado de naturaleza⁵⁰.

Interpretada en términos conservadores y literales, en *Leviathan* la provisión de seguridad mínima es un asunto de vida o muerte. De ahí que basta que el soberano asegure la sobrevivencia del individuo para que este tenga razón para respetar su autoridad⁵¹. Dado que el soberano le ofrece esta protección, es irracional para el individuo desobedecerle o salirse de la sociedad⁵². Interpretada de esta manera, esta es obviamente una versión mínima de la autoridad política pues exige bastante poco por parte del soberano para que el individuo tenga un deber de obedecerle. Muchas cosas que hoy nos parecen muy relevantes en términos de justicia política, como los derechos políticos y sociales parecen quedar fuera de los términos de negociación con el Estado. ¿Qué ocurre en el caso de la extrema pobreza? ¿Puede esta excluir la legitimidad de un Estado y con ello su poder para castigar permisiblemente?

4.2. Dos concepciones de la extrema pobreza

La pobreza es un concepto de difícil determinación, no solo porque existen diferentes conceptos sobre lo que ella es, sino también porque los aspectos materiales que la determinan en cualquiera concepción varían de acuerdo al contexto histórico y cultural en que nos encontremos. En lo que sigue me concentraré en el concepto algo más preciso de *extrema* pobreza y estipularé la siguiente definición: la extrema pobreza consiste en la falta de medios necesarios para asegurar una subsistencia biológica o física *normal*, lo que incluye tanto los medios necesarios para la supervivencia inmediata como la de corto plazo⁵³. Luego, para determinar el contenido específico de esta definición y de las necesidades para una vida *normal* a que hace referencia, hay por lo menos dos concepciones de pobreza que debemos considerar: una concepción absoluta y una relativa⁵⁴.

⁵⁰ La premisa en el pensamiento de HOBBS es que los individuos tienen una tendencia a privilegiar su propio interés por sobre el interés de los demás, o al menos no podemos contar con que los individuos no privilegiarán su propio interés. En cambio, lo racional es contar con que los individuos competirán unos con otros, tanto para obtener bienes como por alcanzar prestigio. Además, los individuos son más o menos iguales en términos de sus capacidades físicas e intelectuales, de manera que nadie se encuentra naturalmente situado en una posición privilegiada para decidir o resolver conflictos. Estas circunstancias, sumadas a una condición general de escasez, inevitablemente llevaría a los individuos a desconfiar unos de otros hasta el punto de que la vida social basada en la cooperación se torna imposible. Así, ante la ausencia de un soberano que provea seguridad sobre el comportamiento de los miembros de la sociedad, los individuos vivirían en un permanente estado de conflicto, el cual sería inevitablemente violento, y en el que todos encontrarían en peligro. Incluso los individuos egoístas debieran preferir la paz a la guerra, y por ello los individuos tienen razones para abandonar su derecho de naturaleza y hacer lo que considerarían necesario para su propia subsistencia, sometiéndose a un soberano que monopolice el ejercicio de la violencia. Véase HOBBS, 1994: caps. XIII y XIV.

⁵¹ SCHNEEWIND, 2012: 115.

⁵² Un argumento completo sobre las restricciones de legitimidad que HOBBS proporciona para el orden legal puede encontrarse en DYZENHAUS, 2001.

⁵³ JIWEI, 2013.

⁵⁴ Buena parte de lo que planteo a continuación está basado en LORCA, 2018.

Desde el punto de vista de las concepciones absolutas, la extrema pobreza está determinada por la inhabilidad de una persona de satisfacer ciertas necesidades que son determinadas de manera objetiva como condiciones básicas para que cualquier individuo en cualquier cultura o momento histórico pueda gozar de las cualidades naturales que caracterizan a una vida humana, así como de los bienes básicos que permite la vida social⁵⁵.

Las teorías absolutas de la pobreza no incorporan una exigencia de igualdad, sino que se construyen sobre la idea de necesidades básicas, cuya no satisfacción es problemática desde un punto de vista normativo porque aumentan el riesgo de una persona de ver sus derechos vulnerados e incluso de morir⁵⁶. La ventaja de esta concepción es que nos da una medida cierta o absoluta de vulnerabilidad. Esto la hace ser una teoría de la pobreza más atractiva para orientar políticas públicas de superación de la pobreza, porque permite determinar con precisión las metas a alcanzar y, además, las medidas que habrán de tomarse no necesariamente amenazarán los privilegios de los grupos sociales más acomodados. De ahí que uno podría esperar que estas medidas encontraran menos resistencia entre las elites económicas, aunque esto no necesariamente será así⁵⁷.

Frente a las concepciones absolutas de pobreza, las concepciones relativas o relacionales de la pobreza se construyen sobre la base de una idea de igualdad antes que desde una idea abstracta sobre las necesidades biológicas o sociales para la supervivencia⁵⁸. Si bien, una noción relativa de la pobreza también puede identificarse con la satisfacción de necesidades básicas, estas no se definirán en relación a un umbral fijo y universal de lo que precisamos para vivir, sino que lo hacen en relación a lo que es posible en una determinada comunidad con sus capacidades tecnológicas específicas y sus comprensiones idiosincráticas sobre lo que es necesario para una vida humana. La determinación de qué cuenta como una necesidad básica en las concepciones relativas es ciertamente más compleja que en las concepciones absolutas, principalmente por la dificultad que existe en la identificación de las desigualdades normativamente problemáticas. Pero también es políticamente más compleja porque las medidas de superación de la pobreza entendida en términos relativos tenderán a desafiar los privilegios de las clases o grupos sociales más poderosos.

4.3. Extrema pobreza y autoridad política

Tanto las concepciones absolutas como las relativas sobre la pobreza ofrecen razones para cuestionar el vínculo de autoridad entre un Estado y un individuo bajo los estándares

⁵⁵ SHUE, 1996; SINGER, 1972.

⁵⁶ En la estructura de la explotación capitalista, son precisamente las necesidades del individuo por obtener los medios para sobrevivir, lo que explica por qué desarrollamos relaciones laborales en las que la tasa de explotación es muy alta, es decir, la diferencia entre lo que el trabajador obtiene a cambio de lo que él o ella produce. Véase, en este sentido, COHEN, 1995: 197-207.

⁵⁷ Véase, en este sentido, MOYN, 2018: 2-8. El autor sostiene que los derechos humanos fueron interpretados en clave de necesidades absolutas o de suficiencia, facilitando de esta manera el desarrollo del libre mercado y su orden político que se perfeccionó en la segunda mitad del siglo XX y que profundizó las jerarquías y las desigualdades sociales.

⁵⁸ Ver TOWNSEND, 1962.

mínimos de una teoría hobbesiana de la autoridad política y de la normatividad del derecho.

En el caso de las teorías absolutas de la pobreza, la relevancia de esta para una teoría hobbesiana del Estado es bastante obvia. Sin perjuicio de cuál deba ser el contenido específico de un listado de necesidades básicas absolutas, por definición, la no satisfacción de una de ellas hace de la supervivencia un asunto altamente inestable o incierto. Para las personas que sufran de dichas carencias la vida civil no representará en general una condición de mayor seguridad en términos de su supervivencia, y en esa medida no es plausible decir que tengan razones para preferir someterse a ella. Pueden elegir hacerlo, pero esta no será necesariamente una elección racional.

En efecto, desde un punto de vista absoluto, más allá del riesgo directo a la vida que impone la extrema pobreza en términos de nutrición y protección frente al clima y las enfermedades, las personas extremadamente pobres son más susceptibles de ser víctimas de crímenes violentos y, a su vez, de participar en actividades productivas más riesgosas en términos de su integridad física y emocional⁵⁹. Por lo menos en el contexto de una economía capitalista, la urgencia de las necesidades de quienes son extremadamente pobres hace muy difícil para ellos evitar someterse a relaciones laborales con una alta tasa de explotación⁶⁰. Es de esperar que, en general, en relaciones con altas tasas de explotación las amenazas para nuestra salud y sobrevivencia se vuelvan también más serias⁶¹.

La cuestión se vuelve algo más complicada en el caso de la concepción relativa de la extrema pobreza y esto es algo importante para quienes vivimos en sociedades más o menos desarrolladas desde un punto de vista económico, porque seguramente los casos de extrema pobreza no serán tan comunes hoy en día⁶². En una concepción relativa, las necesidades básicas cuya carencia configuran la extrema pobreza se han de definir desde el punto de vista de la igualdad, antes que desde una idea abstracta sobre las necesidades humanas. ¿Puede la extrema pobreza entendida en términos relativos poner al sujeto en una condición de riesgo vital que haga irracional para él reconocer autoridad al orden institucional en el que se encuentra? Una interpretación mínimamente flexible de la tesis hobbesiana sugiere que sí.

⁵⁹ De acuerdo con el Reporte sobre Pobreza en Hogares y Victimización Violenta No Fatal, elaborado por la Oficina Americana de Crimen y Justicia (*Bureau of Crime and Justice*), las personas que viven bajo los niveles de pobreza federal tienen dos veces más posibilidades de ser víctimas de un delito violento. Ver: BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2014.

⁶⁰ Las teorías marxistas y neo-marxistas de la explotación han sostenido, convincentemente, que lo que permite la explotación es la falta de poder para negociar y esperar que sufre el trabajador, y que le empujan a entrar en relaciones de intercambio extremadamente desiguales. Ver COHEN, 1995: 196-197 y 202-206.

⁶¹ COHEN, 1995: 197-207.

⁶² La cuestión no es para nada clara en todo caso. Las crisis políticas desatan situaciones de inestabilidad política y económica que pueden volver las condiciones de vida de una comunidad muy precarias en un muy corto plazo. Algo similar ocurre con los desastres naturales, que en un lapso muy breve de tiempo pueden alterar completamente las condiciones de vida de una población.

Las descripciones contemporáneas sobre la manera en que la riqueza y los recursos económicos son distribuidos sugieren que los problemas de desigualdad ya no son simplemente un asunto de diferencia de ingresos, sino de los problemas sociales que surgen por la existencia de una extrema concentración del poder financiero en las manos de unos pocos⁶³. Esta concentración ha creado mundos sociales distintos que coexisten bajo una misma autoridad política donde vivir en uno de estos mundos aparece como mucho más *seguro* que en el otro⁶⁴. De hecho, las personas más ricas tienen una expectativa de vida más larga que las personas más pobres y la brecha está creciendo progresivamente. En Estados Unidos, por ejemplo, una persona que pertenece al 1% más rico puede esperar vivir casi 15 años más que una persona que pertenece al 1% más pobre⁶⁵.

Mirada de esta manera, la extrema pobreza acusa que en nuestras sociedades algunas vidas se encuentran más protegidas que otras. Y en la medida que algunas personas no pueden acceder a los recursos actualmente disponibles para asegurar su sobrevivencia potencial, el Estado no puede aparecer como proveyendo las condiciones de seguridad que hacen razonable para ellos respetar su autoridad. El vínculo que da origen a la autoridad política en una concepción mínima como la de hobbes se ve entonces revocado porque el Estado no otorga la seguridad disponible para la supervivencia de todos⁶⁶.

Frente a esto uno podría decir que la extrema pobreza en cualquiera de sus versiones no debería afectar la autoridad del Estado en la medida que este no es directamente responsable por ella (por lo menos en el sentido de que no la causa). Sin embargo, la pobreza es en gran medida el resultado de la operación de instituciones políticas y jurídicas y no el resultado de la buena suerte o del mérito⁶⁷. Hay innumerables estudios que muestran que es poco probable que la extrema pobreza se explique como consecuencia de las características personales de un sujeto, sino que se trata más bien del resultado de la manera en que la sociedad se encuentra organizada⁶⁸. Incluso si uno no quiere sostener que la estructura social es la única responsable por la situación de pobreza, es difícil negar que sí juega un rol fundamental⁶⁹.

La pregunta por la supervivencia de la autoridad política en contextos de extrema pobreza se ha de hacer, entonces, en el entendido de que el orden legal y político de una comunidad ayuda a producir y asegurar las situaciones de extrema pobreza y, por lo tanto, el Estado y la comunidad política no pueden ser inocentes. Si es cierto que el Estado y el orden político e institucional que este asegura producen o mantienen condiciones de extrema pobreza, y si es cierto que, como he sostenido anteriormente, la

⁶³ PIKETTY, 2014: 430-467.

⁶⁴ Respecto a la idea de dos mundos distintos, véanse PIKETTY, 2014 y MOYN, 2018.

⁶⁵ En el caso de las mujeres, la diferencia aunque menor sigue siendo muy alta, alcanzando un promedio de 10 años. Véase CHETTY *et al.*, 2016.

⁶⁶ Esto supone una interpretación algo controversial de la tesis hobbesiana. Sin embargo, por razones de espacio, esta discusión ha de quedar para otro momento.

⁶⁷ Para una descripción, véase ROYCE, 2015. Esta también parece ser la visión de RAWLS, 2005: 7-11; 90-100.

⁶⁸ Véase por ejemplo, NOBLE, 2005 y 2012.

⁶⁹ Para un muy interesante análisis sobre algunas de las formas en las cuales la pobreza se relaciona con la estructura legal, véase WALDRON, 2000.

extrema pobreza constituye una amenaza vital tanto desde un punto de vista absoluto como relativo, entonces esta ha de debilitar el vínculo de autoridad entre un individuo y un Estado y, con ello, la normatividad del derecho penal y la legitimidad de la pena estatal. En términos de HOBBS, este sería un caso en que, frente al sujeto que sufre de extrema pobreza, las penas no podrían ser consideradas como un acto de autoridad por parte del Estado⁷⁰.

5. Conclusiones

Muchos académicos han cuestionado la autoridad del Estado para llamar a rendir cuentas de sus acciones e imponer una pena a quienes sufren de extrema pobreza⁷¹. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que se sostiene que la extrema pobreza afecta las condiciones de legitimidad del castigo, los autores suelen encontrar razones para sostener que, a pesar de ese déficit, el Estado sigue estando autorizado para castigar. Hay por lo menos dos ejemplos que cabe mencionar.

De acuerdo con el notable trabajo que ha realizado Antony DUFF en este ámbito, la extrema pobreza puede constituir una objeción a la legitimidad de la pena porque implica que no se cumplen dos precondiciones de su legitimidad, estas son, la precondición de autoridad política (relevante para el caso de delitos *mala prohibita*) y la precondición de legitimación para castigar o *standing* (relevante respecto de cualquier delito). Sin embargo, para DUFF la situación se vuelve compleja cuando se trata de delitos con víctima en los que se infringe una norma penal que además expresa una prohibición moral categórica. En estos casos, la comunidad política puede encontrarse en un dilema: por una parte, carece de legitimidad para castigar a un infractor extremadamente pobre y, por la otra, tiene un deber de castigarlo como forma de ofrecer reconocimiento al sufrimiento experimentado por la víctima. DUFF, sin embargo, resuelve este dilema a favor de la víctima y le reconoce a la comunidad política un permiso para castigar, bajo la condición de que en el contexto del proceso penal y de la imposición del castigo, se reconozca el déficit de legitimidad y el maltrato que se ha impuesto al penado al privarlo de una participación justa en los beneficios de la cooperación social⁷².

Stephen GARVEY y Matt MATRAVERS, por otra parte, han sostenido que aun cuando la pobreza puede afectar la autoridad del Estado, en el sentido de su capacidad para generar obligaciones morales frente a quienes sufren de extrema pobreza, este mantiene un residuo de autoridad suficiente para castigar basado en consideraciones prudenciales o en alguna noción de seguridad como deber primario del Estado⁷³.

Desde mi punto de vista, sin embargo, estas visiones no reconocen el nivel de gravedad que tiene la extrema pobreza. En la medida que la extrema pobreza constituye una amenaza a la sobrevivencia de alguien, el nivel de indiferencia que implica la producción

⁷⁰ En palabras propias de HOBBS, « [E]l mal infligido por el poder usurpado, y por jueces sin una autoridad delegada por el soberano, no es un castigo, sino un acto de hostilidad, porque los actos de poder usurpado no tienen por autor a la persona condenada, y por lo tanto no son actos de autoridad pública». HOBBS, 1994: cap. XXVIII.

⁷¹ BEADE y LORCA, 2017; DUFF, 2001, 2010; GARVEY, 2015.

⁷² DUFF, 2001: 183-201 y 2010.

⁷³ GARVEY, 2015; y MATRAVERS, 2006.

y mantención de dicha condición, no deja residuo de autoridad alguno. Lo único que deja vigente la extrema pobreza, es la ley del más fuerte que es propia del estado de naturaleza hobbesiano, donde no hay espacio para la justicia o el derecho sino solo para las reglas de la guerra y la hostilidad.

¿Qué es entonces el castigo de personas extremadamente pobres desde un punto de vista normativo? Un acto de hostilidad. ¿Quiere decir esto que el castigo de personas extremadamente pobres es siempre impermisible? No. Podemos encontrar razones para justificar la hostilidad hacia otros. El contexto más común en el que la hostilidad se vuelve aceptable e incluso justificada es el contexto de la guerra, pero es probable que esto sea algo impresentable para fundar nuestro derecho de castigar a los más pobres. Una víctima de extrema pobreza no es un «otro» como podría ser un enemigo en una guerra, sino personas que han sido situadas en una otredad que no admite justificación. Estamos demasiado unidos a quienes sufren de extrema pobreza al interior de nuestras comunidades políticas, como para que sea adecuado concebirlas como enemigos⁷⁴. La búsqueda de un poder penal legítimo es, entonces, una razón más para cumplir con las demandas de la justicia económica.

Bibliografía

- ALLEN, D. S., 1999: «Democratic Dis-Ease: Of Anger and the Troubling Nature of Punishment», en S. A. BANDES (ed.): *The Passions of Law*, New York: NYU Press: 191-215.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1990: «On the Source of the Authority of the State», en J. RAZ (ed.): *Authority*, New York: NYU Press: 142-173.
- BEADE, G. A., y 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», *Isonomía* (47): 135-164.
- BONGER, W. A., 1916: *Criminality and Economic Conditions*, Boston: Little, Brown, and Company.
- BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 1999: *Indigent Defense Services in Large Counties, 1999 (NCJ 184032)*, en <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/idslc99.pdf> (última consulta realizada el 16 de abril de 2019).
- BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2000: *Defense Counsel in Criminal Cases. Special Report (NCJ 179023)*, en <http://bjs.gov/content/pub/pdf/dccc.pdf> (última consulta realizada el 16 de abril de 2019).
- BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2003: *Special Report Education and Correctional Populations*, en <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ecp.pdf> (última consulta realizada el 16 de abril de 2019).
- BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2012: *Criminal Victimization, 2012*, en <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4781> (última consulta realizada el 16 de

⁷⁴ Su exclusión, por lo tanto, ejemplifica la idea de enemigo de SCHMITT en cuanto a que es solo respecto de quienes estamos unidos donde la exclusión puede representar una negación de su igual valor moral. Ver SCHMITT, 1996: 26-29. Con respecto a la posibilidad de un derecho penal para enemigos, véase JAKOBS y CANCIO MELIÁ, 2003.

abril de 2019).

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2014: *Household Poverty and Nonfatal Violent Victimization, 2008-2012*, en <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hpnnvv0812.pdf> (última consulta realizada el 18 de abril de 2019).

BUSS, S., 1997: «Justified Wrongdoing», *Noûs*, 31(3): 337-369.

CHETTY, R., *et al.*, 2016: «The Association Between Income and Life Expectancy in the United States, 2001-2014», *Jama*, 315 (16): 1750-1766.

COHEN, G. A., 1995: *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press.

DAGGER, R., 1993: «Playing Fair with Punishment», *Ethics*, 103 (3): 473-488.

DELGADO, R., 1985: «Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation», *Law & Inequality*, 3 (1): 9-90.

DUFF, A., 2001: *Punishment, Communication, and Community*, New York: Oxford University Press.

DUFF, A., 2010: «Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial», *Ratio*, 23 (2): 123-140.

DYZENHAUS, D., 2001: «Hobbes and the Legitimacy of Law», *Law and Philosophy*, 20 (5): 461-498.

GALANTER, M., 1969: «The Modernization of Law», en L. M. FRIEDMAN y S. MACAULAY (eds.): *Law and the Behavioral Sciences*, Indianapolis: Bobbs-Merrill: 989-998.

GARGARELLA, R., 2016: *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

GARLAND, D., 2001: «The Meaning of Mass Imprisonment», *Punishment and Society*, 3 (1): 5-7.

GARVEY, S. P., 2015: «Injustice, Authority, and the Criminal Law», en A. SARAT (ed.): *The Punitive Imagination* Tuscaloosa, AL: The University of Alabama.

HART, H. L. A., 2008: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., New York: Oxford University Press.

HAUSHOFER, J., y FEHR, E., 2014: «On the Psychology of Poverty». *Science*, 344 (6186): 862-867.

HOBBS, T., 1994: *Leviathan*, Indianapolis, IN: Hackett.

HUDSON, B. A., 1994: «Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act», *Crime, Law and Social Change*, 22 (1): 59-78.

HUME, D., 2006 [circa 1770]: *Moral Philosophy*, Indianapolis: Hackett Pub.

IRWIN, J., 2013: *The Jail: Managing the Underclass in American Society*, California: University of California Press.

JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., 2003: *Derecho penal del enemigo* (trad. Manuel Cancio Meliá), Madrid: Civitas.

JIWEI, C.: «Agency and Other Stakes of Poverty», *Journal of Political Philosophy*, 21 (2): 125-150.

LORCA, R., 2012: «Pobreza y responsabilidad penal», en R. GARGARELLA (ed.): *El castigo penal en sociedades desiguales*, Buenos Aires: Miño y Dávila: 173-203.

LORCA, R., 2016: «The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 29 (2): 385-402.

LORCA, R., 2018: «Punishing the Poor and the Limits of Legality», *Law, Culture and the*

Humanities

- MACCORMICK, N., y GARLAND, D., 1998: «Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish», en A. ASHWORTH y M. WASIK (eds): *Fundamentals of Sentencing Theory*, New York: Oxford University Press: 11-30.
- MAÑALICH, J. P., 2013: «Justicia, propiedad y prevención», en VV.AA., *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,: 167-187.
- MANI, ANANDI, *et. al.*, 2013 «Poverty Impedes Cognitive Function», *Science*, 341, (6149): 976-80.
- MATRAVERS, M., 2006: «Who's Still Standing?' A Comment on Antony Duff's Preconditions of Criminal Liability», *Journal of Moral Philosophy*, 3 (3): 320-330.
- MATZA, D., 1982: *Becoming Deviant*, New Jersey: Transaction Publishers.
- MERTON, R., 2005: «Social Structure and Anomie», en P.J. MCGANN (ed.): *Boundaries Readings in Deviance, Crime and Criminal Justice*, New Jersey: Pearson Custom Publishing: 86-99.
- MOYN, S., 2018: *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MURPHY, J. G., 1973: «Marxism and Retribution», *Philosophy & Public Affairs*, 2 (3): 217-243.
- NOBLE, K. G., NORMAN, M. F., y FARAH, M. J., 2005: «Neurocognitive Correlates of Socioeconomic Status in Kindergarten Children», *Developmental Science*, 8(1): 74-87.
- NOBLE, K. G., HOUSTON, S. M., KAN, E., y SOWELL, E. R., 2012: «Neural Correlates of Socioeconomic Status in the Developing Human Brain», *Developmental Science*, 15(4):516-527.
- NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books.
- NOZICK, R., 1981: *Philosophical Explanations*, Cambridge, MA: Belknap Press.
- ODUDU, O., 2003: «Retributivist Justice in an Unjust Society», *Ratio Juris*, 16 (3): 416-431.
- PATTILLO, M., WEIMAN, D., y WESTERN, B., 2006: *Imprisoning America: The Social Effects of Mass Incarceration*, New York: Russell Sage Foundation.
- PIKETTY, T., 2014: *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- RAWLS, J., 1955: «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, 64 (1): 3-32.
- RAWLS, J. A., 2005: *Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- RAZ, J., 1990: «Authority and Justification», en J. Raz (ed.): *Authority*, New York: New York University Press: 115-141.
- RISTROPH, A., 2011: «Responsibility of the Criminal Law», en R. A. DUFF, y S. P. GREEN (eds.): *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press: 107-124.
- ROXIN, C. (1997): *Derecho penal parte general* (trad. D. M. LUZÓN *et al.*), Tomo I, Madrid: Civitas.
- RUSCHE, G., y KIRCHHEIMER, O., 2003 [1930]: *Punishment and Social Structure*, New Jersey: Transaction Publishers.
- SADURSKI, W., 1988: «Theory of Punishment, Social Justice, and Liberal Neutrality», *Law and Philosophy*, 7 (3): 351-373.
- SCANLON, T., 2008: *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge,

- MA: Belknap, Harvard University Press.
- SCHMITT, C., 1996: *The Concept of the Political*, Chicago y Londres: University of Chicago Press.
- SCHNEEWIND, J. B., 2012: *La invención de la autonomía: una historia de la filosofía moral moderna* (trad. J. RUIZ), Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- SHUE, H., 1969: *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- SIMMONS, A. J., 1981: *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton: Princeton University Press.
- SINGER, P., 1972: «Famine, Affluence, and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, 1 (3): 229-243.
- SYKES, G. M., y MATZA, D., 1957: «Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency», *American Sociological Review*, 22 (6): 664-670.
- TAYLOR, I. R., WALTON, P., y YOUNG, J., 1975: *Critical Criminology*, London: Routledge/Thoemmes Press.
- THORBURN, M., 2011: «Criminal Law as Public Law», en R. A. DUFF, y S. P. GREEN (eds.): *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press: 21-43.
- TONRY, M., 1996: *Malign Neglect: Race, Crime, and Punishment in America*, New York: Oxford University Press.
- U.S. CENSUS BUREAU, 2009. *Current Population Reports, P60-236, Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2008*. Washington: U.S. Government Printing Office.
- VON HIRSCH, A., 1976: *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York: McGraw Hill.
- WACQUANT, L., 2009: *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham, N.C.: Duke University Press.
- WALDRON, J., 2000: «Why Indigence Is Not a Justification», en W. C. HEFFERNAN y J. KLEINIG (eds.): *From Social Justice to Criminal Justice*, New York: Oxford University Press: 98-113.
- WATSON, G. (ed.), 2003: *Free Will*, New York: Oxford University Press.
- WHELOCK, D., y UGGEN, C., 2008: «Race, Poverty and Punishment: The Impact of Criminal Sanctions on Racial, Ethnic, and Socioeconomic Inequality», en D. HARRIS y A. CHIH LIN: *The Colors of Poverty: Why Racial and Ethnic Disparities Persist*, New York: Russell Sage: 261-292.
- WESTERN, B., 2006: *Punishment and Inequality in America*, New York: Russell Sage Foundation.
- WILSON, W. J., 1996: *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy*, Chicago: Chicago University Press.