

APROXIMACIÓN A UNA DOGMÁTICA DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL: DE LA IMPUTABILIDAD A LA INDIVIDUALIZACIÓN¹

Javier Cigüela Sola

Universitat Abat Oliba CEU / Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Derecho penal y exclusión social; 3. Dogmática del delito del excluido: a) Exclusión e imputabilidad: ¿puede la exclusión social conducir a la inimputabilidad del sujeto?; b) Mayor apreciabilidad del error de prohibición; c) Derecho de necesidad y exclusión social: del hurto famélico a los correos de la droga; d) La inexigibilidad; e) Individualización de la pena del excluido; 4. Conclusión

Resumen: La crisis económica y social ha elevado considerablemente los niveles de desigualdad, al tiempo que ha incrementado el porcentaje de personas que viven en situaciones de pobreza y exclusión social. Lo anterior es relevante para el derecho penal no sólo por el efecto psicológico que tiene la exclusión sobre quien la sufre, sino también porque respecto a los propios excluidos el Estado ve debilitada su legitimidad para dirigirles un reproche. Sobre esa base, el presente artículo trata de esbozar lo que sería una dogmática de la exclusión social, analizando de qué modo las diferentes categorías del delito, desde la imputabilidad a la individualización, pueden ca-

¹ El presente artículo forma parte de un proyecto investigador más amplio sobre el que ya existen publicaciones previas («Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido». *Isonomía* 2015, n.º 43, pp. 129-150; «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal: Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret* 2/2017) y que concluirá previsiblemente con la publicación de una monografía. El contenido del artículo es, no obstante, completamente original e inédito.

nalizar las dificultades de quien vive injustamente excluido del reconocimiento recíproco.

Palabras clave: Exclusión, Pobreza, Dogmática, Reconocimiento, Hurto famélico, Delitos culturalmente motivados, Imputación, Inexigibilidad

1. Introducción

Es un lugar común la afirmación de que la dogmática jurídico-penal —y su producto más elaborado, la teoría del delito— ha llegado, y en ello sigue, a niveles de sofisticación y complejidad científicamente admirables: cada vez es más complejo el tratamiento que se hace de los problemas, y cada vez más fina su sistematización y resolución. El problema del castigo del excluido social, tanto su legitimación como su articulación concreta, no se encuentra, sin embargo, entre esos problemas, bien porque los sistemas de la teoría del delito al uso carecen del instrumental conceptual para abordar un problema de tales características, bien porque ni siquiera han existido intentos monográficos de realizar tal abordaje².

En esa línea, es necesario reconocer que respecto el problema que nos ocupa —el castigo del excluido— la dogmática apenas ha desarrollado el potencial del que dispone. Si uno analiza, por ejemplo, la bibliografía existente sobre «problemas de imputación» en el derecho penal económico y la comparara con la bibliografía referida a los mismos problemas para el caso del contexto excluyente, repa-

² En la doctrina española reciente destacan los siguientes artículos: Silva Sánchez, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en Fernández Teruelo (dir.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2013, pp. 715-725; Robles Planas, «Caso del Leinenfänger», en Sánchez-Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal, La Ley*, Madrid, 2011, pp. 117 y s.; Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español», en Cuerda Riezu (Ed.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 230 y ss.; Cámara Arroyo, «Justicia social y derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *ADPCP*, Vol. LXVIII, 2015, pp. 327 y ss. Desde el punto de vista de la política criminal, destaca: Brandariz, *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007. Cuestión distinta sucede en el ámbito del derecho anglosajón y en el latinoamericano: Duff, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015; Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2008, si bien se trata de obras focalizadas en los problemas de filosofía política, más que en la articulación dogmática de la cuestión.

rá en la enorme desproporción que existe a favor de la primera; si uno comprueba, además, las posibilidades de que unos (delincuentes de cuello blanco) y otros (pobres y excluidos sociales) acaben en prisión, la diferencia resultará todavía más sorprendente. Llevar a cabo una genealogía de las causas de lo anterior, lo que sin duda sería interesante (¿qué proyectos de investigación se financian? ¿quién los financia? ¿porqué la criminología sí ha analizado el tema y la dogmática no? ¿tiene el tema el estigma del denostado marxismo?), excede el propósito del presente artículo.

Más allá de razones coyunturales, podría decirse que el poco desarrollo de la cuestión en la dogmática del derecho penal podría explicarse por la suma complejidad y por el carácter muy casuístico del problema. Se podría aducir la dificultad de normativizar las condiciones sociales de las que cada uno parte y el modo en que ello afecta a la imputación de un delito; sin embargo, mucho más difícil que acceder a las condiciones sociales externas es acceder a «lo interno» de los sujetos³, y sin embargo se ha desarrollado toda una teoría de la imputación subjetiva, tan compleja como útil a la hora de afinar el grado de responsabilidad subjetiva. La razón podría estar en otro lugar, y ser de carácter histórico.

Dos son, en mi opinión, las razones históricas que explican el poco desarrollo de la cuestión. La primera tiene que ver con la *historia de las ideas penales*: la imputación subjetiva se ha refinado tanto por la importancia que la «intención» y el «conocimiento» han tenido a lo largo de la historia de la moral, desde Santo Tomás de Aquino a Hegel⁴; mientras que la relación entre la imputación y el contexto social no se habría desarrollado porque, especialmente desde el idealismo, el juicio sobre la moralidad de la acción se ha hecho desde una posición sumamente abstracta, como si el hombre fuese sólo una «esencia» o un ente aislado y no, también, realidad vivida y afectada por múltiples factores, entre ellos los sociales⁵. No ha sido hasta

³ Sobre esa dificultad: Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, § 137; Pérez del Valle, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Dykinson, 2016, p. 138, quien separa lo «interno» de lo «subjetivo».

⁴ Sobre ello: Finnis, *Intention and Identity. Collected Essays: Volume II*, Oxford University Press, 2011; Hegel, *Grundlinien...*, *Op. Cit.*, § 120, habla incluso de un «derecho de la intención».

⁵ En cierto sentido, esa ha sido precisamente la crítica más recurrente al derecho penal, desde Marx («Pena capital», en *Mientras Tanto*, n.º. 101, (2006), pp. 121-124) a Foucault (*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 2009). En ese sentido reclama Silva Sánchez («¿Responsabilidad individual o responsabilidad social en el delito», en *En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2015, p. 135) la orientación del

el siglo xx cuando estos factores han sido ampliamente demostrados en una sucesión de teorías sociológicas y experimentos, y podría ser que sea ahora cuando comencemos a incorporar esa influencia en nuestras estructuras de imputación (ello se está viendo claro, por ejemplo, en lo relativo a la imputación individual en organizaciones complejas⁶, y seguramente sea el caso en el futuro en otros ámbitos).

La segunda razón tendría que ver con la *historia de las prácticas penales*, concretamente con la tendencia prácticamente estable del sistema penal —aunque más pronunciada o explícita en sus orígenes que ahora— de castigar de modo más severo a los estamentos empobrecidos de la sociedad que al resto de la población. En el derecho penal absolutista (origen, por cierto, de la ciencia penal moderna), donde rige el principio de desigualdad personal frente a la ley penal y se castiga de modo diferente el delito del noble que el del siervo o el plebeyo, parece claro que preguntarse por la menor reprochabilidad de la conducta de las personas pobres no tenía sentido alguno: en dichas sociedades, la pobreza o el «desclasamiento» fueron interpretados a menudo como pruebas de vileza, e integradas en el cuerpo legal no como causas de atenuación o exclusión de la responsabilidad sino, al contrario, para asociar a ellas castigos más severos que los propios de los «hombres honorables»⁷. Dicho de un modo simple: en un derecho penal pensado para poner más peso coercitivo

derecho penal «a la “persona real” que vive en una “sociedad real”», precisamente en el contexto de la discusión sobre la corresponsabilidad social por determinados delitos.

⁶ Por todos: Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998; Jägger *Individuellen Zurechnung Kollektiven Verhaltens. Zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1985.

⁷ Sobre el principio de desigualdad personal ante la ley penal en la monarquía absoluta española: Tomás y Valiente, *El derecho penal en la monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 317 y ss., donde recoge multitud de ejemplos, de leyes y casos, de tratamiento diferenciado entre delitos cometidos por «hidalgos» o «nobles» y delitos cometidos por «plebeyos», «hombres viles o *valdtíos*». Los privilegios eran tanto de carácter procesal como sustantivo. Una crítica ya clásica, fuera del contorno teórico estrictamente marxista, del modo en que el derecho penal «gestiona los ilegalismos» de modo diverso en función de la utilidad política y productiva de la persona en cuestión: Foucault, *Vigilar y castigar, Op. Cit.*, pp. 280 y ss. En el contexto de la discusión sobre la modernización del derecho penal, en ese sentido: Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, pp. 162 y ss.; también, extendiéndolo a todas las fases precedentes del derecho penal moderno e ilustrado: Schünemann, «Del derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en El mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 53 y s.

del lado de los pobres, carecía de sentido plantear la pobreza misma como una causa de atenuación. Como se verá, la prueba de ello era la muy restrictiva interpretación del hurto famélico, que sólo podía apreciarse cuando existía riesgo para la muerte, y a veces ni siquiera.

2. Derecho penal y exclusión social

Dadas estas carencias de partida, es propósito del presente texto contribuir a revertirlas. Es necesario, según ha expresado Silva Sánchez, «abandonar el tecnicismo aséptico propio del legalismo que ignora la realidad social», incorporando «en nuestras reflexiones sobre el poder punitivo del Estado el problema de la desigualdad, de la marginalidad. Y así, impedir que el Derecho penal continúe desempeñando el papel de ultima ratio de la insolidaridad y de la exclusión»⁸. Es preciso, en esa línea, elaborar lo que podríamos llamar una «dogmática de la exclusión social», esto es, estudiar la aplicabilidad de las estructuras conceptuales propias de la teoría del delito (excusa, justificación, inexigibilidad, individualización, etc.) respecto al excluido social, con el objetivo de dar respuestas sistemáticas y no casuísticas al principio de la menor reprochabilidad de su conducta.

Pero antes de ello sería necesario realizar dos precisiones. La primera es definir exclusión social, al menos en lo que al presente artículo interesa. Por exclusión social me refiero aquí a la situación de grave privación en la que viven determinados sujetos, por tener limitado el acceso estandarizado a los derechos y los bienes necesarios para el desarrollo de la personalidad, tales como la propiedad, la educación, la sanidad, el trabajo o la cultura⁹; el porcentaje de personas que padecen dicha situación ha aumentado exponencialmente con la crisis económica y con el aumento de la desigualdad que ha tenido lugar en la última década, por causas que aquí no es posible analizar¹⁰. La exclusión no es, como se ha creído tradicionalmente, un fenómeno reductible a la pobreza. Por formularlo en los términos

⁸ Silva Sánchez, «Reflexiones en julio convulso», *InDret* 3/2016, p. 2 (Editorial).

⁹ Sobre la exclusión, ver: Sen, *Social Exclusion: Concept, Application and Scrutiny*, (Social Development Papers No 1), Asian Development Bank, Manila, 2000; Byrne, *Social Exclusion*, Open University Press New York, 2005; Rodgers/Gore/Figueiredo, *Social Exclusion: Rhetoric, Reality, Responses*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 1997.

¹⁰ Desde una perspectiva económica: Piketti, *El capital del Siglo XXI*, FCE, 2014; desde una social, Sassen, *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Katz, Buenos Aires, 2015.

de Honneth¹¹, describe un fenómeno mucho más complejo de «falta de reconocimiento» o «menosprecio» de la personalidad del sujeto: en la medida en que la personalidad no sólo se constituye a partir del alimento sino que requiere de un proceso mucho más rico en presupuestos¹² —materiales pero también culturales y sociales—, la exclusión de dicho reconocimiento puede adoptar múltiples formas, básicamente todas aquellas que impidan al individuo avanzar hasta ser reconocido como igual¹³.

Los casos que me parecen más claramente relevantes a efectos de imputación penal cumplen, sin embargo, dos características: la primera es que la exclusión que les afecta esté conectada de algún modo a una injusticia social producida o perpetuada por el propio Estado —lo que excluye a quien se auto-excluye voluntariamente, o por razones que al Estado no compete regular—; y la segunda es que por lo general se trate de una situación de privación duradera o permanente, y no una simple dificultad pasajera. El resto de distinciones relevantes —en lo relativo al tiempo y a la gravedad de la situación excluyente— podrán ser tematizadas en cada una de las categorías del delito.

La segunda puntualización es justificar porqué la exclusión social —en sus diferentes manifestaciones— puede derivar en una causa de atenuación o incluso exclusión de la responsabilidad; o dicho de otro modo, porqué el delito del excluido, siendo éste una persona como las demás, podrá ser menos reprochable que el del sujeto incluido. Dos son las razones que permiten tal consideración. La primera tiene que ver con una mayor dificultad psicológico-social para orientarse de modo conforme a la norma: así, por ejemplo, quien ha crecido en un barrio depauperado o segregado donde la violencia es un fenómeno cotidiano tiene más dificultades para reconocer la obligatoriedad de la norma que sanciona la violencia que quien ha crecido en un entorno asegurado; de igual modo, si en ese mismo barrio el tráfico de drogas es una práctica habitual e incluso de algún modo permitida por el Estado, será más difícil para quienes lo habitan comprender la ilicitud de la conducta que para quien vive

¹¹ Honneth, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Ed. Crítica/Mondadori, Barcelona, 1997; recogiendo las ideas de Honneth: Silva Sánchez, «Reflexiones..», *Op. Cit.*

¹² Pawlik, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 40 y s.

¹³ Jakobs, «Personalidad y exclusión en derecho penal», en Montealegre Lynett (Ed.) *El Funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 73.

en entornos donde ello no sucede. Si, siguiendo a Kant, «el grado de imputabilidad (*imputabilitas*) de las acciones ha de valorarse *subjetivamente*, según la magnitud de los obstáculos que han tenido que superarse»¹⁴, y si la exclusión social constituye un obstáculo para interiorizar la obligatoriedad de determinadas normas, entonces el grado de imputabilidad del excluido es menor.

La segunda razón tiene que ver ya no con cuestiones psicológicas o internas al sujeto, sino con la legitimidad del Estado para hacer valer un deber allá donde no ha provisto de los derechos correlativos: en ese sentido, el deber de obediencia de quien no ha tenido una suficiente escolarización o atención sanitaria, o de quien no ha sido protegido en su seguridad por vivir en un barrio segregado y cuasi-abandonado por las fuerzas de seguridad, estará *debilitado* en la medida en que el Estado no puede legítimamente incluir a la hora de castigar a quien ha excluido previamente a la hora de socializar, asistir y proteger¹⁵. En el primer caso —obstáculo psicológico— el sujeto excluido lo que le dice al Estado es: «¿de qué normas se me habla, si aquí no rigen?»; en el segundo caso —deber debilitado por falta de legitimidad— lo que dice es: «¿qué me exige usted ahora, si antes me abandonó?»¹⁶. Ese mayor obstáculo y ese menor deber derivan necesariamente en una menor imputación, y es labor dogmática necesaria sistematizar esa menor imputación con la caja de herramientas conceptual que llamamos teoría del delito.

En los siguientes apartados analizaré una serie de categorías dogmáticas, cada una de las cuales podrá tener que ver con diferentes *clases de razones* para atenuar o excluir la responsabilidad del excluido social por un delito determinado: utilizando la distinción de Duff, algunas tendrán que ver con cómo afecta el contexto excluyente a las condiciones (psicológicas y normativas) de la responsabilidad penal, y otras tendrán que ver con cómo afecta el contexto excluyente a la capacidad del Estado de hacer responsable al excluido social por su conducta (lo que Duff identifica como «pre-condiciones de la responsabilidad»)¹⁷. El análisis que aparece a continuación ha de tomarse como un esbozo de la cuestión, cuyo objetivo es probar que la teoría del delito puede rendir mucho más de lo que lo viene

¹⁴ Kant, *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 36, §228.

¹⁵ Sobre ello: Cigüela Sola, «Derecho penal y exclusión social», *Isonomía* 43 (2015), pp. 136 y ss.

¹⁶ Utilizando estos argumentos: Silva Sánchez, «Presupuestos...», *Op. Cit.*, pp. 722.

¹⁷ Duff, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, pp. 136 y ss.

haciendo frente al problema de la exclusión social; en ningún caso agota todas las posibilidades, de modo que la estrategia de conectar justicia social y justicia penal debe quedar abierta a discusión y a futuros desarrollos.

3. Una dogmática de la exclusión social

a) *Exclusión e imputabilidad: ¿puede la exclusión social conducir a la inimputabilidad del sujeto?*

Como es bien sabido, el término imputación —y por tanto también el de imputabilidad— es altamente polisémico¹⁸. La exclusión social podría considerarse como un problema de imputación si la tomamos en un sentido muy general, el cual abarcaría problemas que se resuelven habitualmente en categorías de la teoría del delito distintas de la «imputabilidad», como la justificación o la excusa. Así, por ejemplo, según Aristóteles no son imputables las acciones hechas *forzosamente* o *por ignorancia*, a no ser que el propio sujeto sea la causa de dichas situaciones: por «forzoso» entiende «aquello cuyo inicio es externo sin que colabore en nada el que se ve forzado»; mientras que obra por ignorancia quien desconoce «las circunstancias en las que se produce la acción y en relación con las cosas en que se produce»¹⁹. Según la dogmática penal moderna, la doctrina de la ignorancia, sea del hecho o del derecho, tendrá consecuencias en el ámbito del error, como se verá más adelante; lo forzoso tendrá consecuencias en la imputabilidad, pero no parecen advertirse aquí especificidades en relación al excluido social, expuesto a «lo forzoso» del mismo modo que lo está el ciudadano medio.

En lo relativo a la doctrina kantiana de la imputación, y siguiendo aquí a Pérez del Valle, es necesario aludir aquí a la distinción de Kant entre *inpunitabilis* e *inculpabilis* o *impunitabilis*: «en lo *inculpabile* y en lo *impunitabile* se trata, para Kant, de explicar por qué no hay pena en la actuación de sujetos libres, mientras en la *imputabilis* la carencia es de ese mismo presupuesto»²⁰.

¹⁸ Ampliamente: Sánchez-Ostiz, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdF, Montevideo, 2008.

¹⁹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Alianza, Madrid, 2001, § 1113 b y ss.

²⁰ Pérez del Valle, «Imputabilis y teoría de la imputación», *InDret* 2/2015, pp. 3 y s.; de nuevo, El mismo, «Imputabilis y el derecho «en sentido subjetivo»», *InDret*, 3/2017, pp. 2 y ss.

Desde esta idea, parece que la exclusión social será relevante en fases posteriores de la teoría del delito, esto es, cuando nos preguntamos si tenemos razones para no castigar a sujetos que, al fin y al cabo, actúan libremente (por tanto, en *inculpabilis* o *impunitabilis*), y es que no parece posible afirmar que la exclusión social impida considerar a quien la sufre como un sujeto que actúa por lo general libre y, por lo tanto, responsablemente. Ciertamente es que quien viva en unas condiciones muy precarias podrá tener más probabilidades de caer en situaciones que consideramos causas de inimputabilidad —por ejemplo, graves adicciones o intoxicaciones plenas—, como también lo es que existe un vínculo estadístico entre exclusión o pobreza y enfermedades mentales graves²¹; pero en esos casos la inimputabilidad vendrá dada por dicha situación, y a la exclusión social le correspondería aquí el papel de explicación biográfica de aquélla. Hasta aquí lo que se podría afirmar es que, político-criminalmente, conviene prevenir y minimizar la exclusión social en tanto quienes la sufren tienden a verse con mayor probabilidad en situaciones de irresponsabilidad que quienes están socialmente integrados.

Puede discutirse, sin embargo, si una situación de grave exclusión social puede producir alteraciones en la percepción en el sentido del art. 20. 3 CP. Para ello habría que aceptar que alguna de las situaciones excluyentes producen una «alteración grave de la conciencia de la realidad», lo que parece difícil, al menos de modo comparable a como lo hacen las situaciones que han configurado clásicamente esta eximente, como la sordomudez o el aislamiento prolongado²². Ello no implica que sea imposible apreciar una alteración que derive, acaso, en una causa parcial de inimputabilidad, y por tanto en una atenuación. Aunque tradicionalmente esta eximente se haya vinculado a déficits de base biológico-sensorial, una parte de la doctrina ha admitido que la alteración de la percepción podría deberse también a un «subdesarrollo cultural»²³, lo que sería perfectamente aplicable al caso de algunos excluidos; en mi opinión, nada impide en el tenor literal esta interpretación, siempre que dichas alteraciones tengan cierta raigambre en la infancia del sujeto, lo que no es improbable en estos casos.

²¹ Sobre ello, indispensable: Declerck, *Los naufragos*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid, 2006, especialmente los dos capítulos finales y los anexos.

²² Pérez del Valle, *Lecciones ...*, *Op. cit.*, p. 104.

²³ Quintero Olivares, *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 578; Morales Prats, F. «La alteración en la percepción (art. 8. 3.º CP): contenido y límites». En *Jornadas sobre Psiquiatría Forense. Centro de Estudios Judiciales. Colección Cursos*. Vol. 3. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, pp. 80 y ss.

Así, por ejemplo, la percepción subjetiva que desarrolla sobre la violencia un adolescente que vive en un barrio donde diariamente se presencian y escuchan disparos estará en buena medida *alterada* si la comparamos con la de quienes jamás han presenciado un acto violento; si estas conductas están integradas y normalizadas en el ámbito intra-familiar, donde el niño incorpora inconscientemente los que van a ser sus «patrones de normalidad», entonces la alteración será mucho más significativa. Será relevante, a la hora de determinar la evitabilidad personal de esa alteración, las oportunidades que haya tenido el sujeto en cuestión de incorporar percepciones diferentes de la suya (en la escuela, la comunidad, etc.), lo que será más difícil cuanto menor sea la madurez de la persona, y viceversa. En otras palabras, habrá que atender a una dimensión biográfica o narrativa del sujeto para determinar si la normalización de la violencia ha constituido una consecuencia *forzosa* de una socialización nociva o si, por el contrario, el propio sujeto, teniendo alternativas de comprensión, ha decidido más o menos voluntariamente perpetuar esa visión de la violencia previamente adquirida, o incluso obtener rédito de ella (no es lo mismo el que colabora con la mafia con 18 años y desde los 10 que quien lo hace con 45 y desde los 30)²⁴.

La capacidad del contexto excluyente de derivar en una causa de inimputabilidad estará limitada, en conclusión, a casos muy extremos: exigirá que la exclusión se haya prolongado desde la infancia y durante largo tiempo, y que las condiciones sean tan anormales que no sea posible atribuir al sujeto en cuestión una controlabilidad es-

²⁴ Lo anterior ha sido defendido en EEUU por el juez David L. Bazelon («The Morality of the Criminal Law», 49 *S Cal L Rev*, 1976, p. 385), para quien determinadas situaciones de extrema privación social —que denomina «Broken Social Background»— pueden tener un efecto condicionante en el sujeto análogo a la enfermedad mental: una infancia en condiciones de grave exclusión, afirma, puede limitar los «procesos mentales y emocionales y el control del comportamiento» del sujeto, «provocando reacciones violentas del mismo modo que el comportamiento de un esquizofrénico paranoico está gobernado por su enfermedad mental». Posteriormente Richard Delgado (««Rotten Social Background»: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?», 3 *Law and Ineq* 9, 1985) ha desarrollado esta tesis, añadiendo una serie de estudios empíricos que vendrían a demostrar la conexión entre una infancia vivida en condiciones de violencia, inseguridad y estrés y una mayor tendencia a la respuesta agresiva, conexión que, según el autor, debería poder ser aducida en descargo del acusado. En mi opinión, esta argumentación sólo es viable en sede de imputabilidad en casos muy extremos: será retomada en el nivel de la inexigibilidad, donde me parece más plausible. Críticamente con el planteamiento: Green, «Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders», *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 2010: Iss. 1, Article 4., pp. 53 y s.

tándar de su conducta²⁵. Un caso extremo como el anterior no implica, en primer lugar, que el excluido sea *despersonalizado* por el derecho penal, pues la inimputabilidad no es un estatus jurídico-personal sino simplemente una calificación que otorgamos a la relación entre un *hecho concreto* y un potencial autor, calificación que puede ser por lo demás transitoria²⁶; en segundo lugar, tampoco implica que el derecho penal no deba intervenir de algún modo en el conflicto, lo que implica es que la respuesta deberá tener un contenido específico o adaptado al caso, seguramente restringido a la función re-educativa y atendiendo con extrema prudencia al contenido expresivo de la propia intervención.

b) Mayor apreciabilidad del error de prohibición

En lo que respecta a la categoría dogmática del «error de prohibición» —lo que Aristóteles llamaba *ignorantia*—, son varios los autores que han constatado que la exclusión social, en sus diferentes variantes, puede producir en quien la sufre mayores dificultades en lo que respecta al (re)conocimiento del derecho. Para Silva Sánchez, la exclusión social proporcionaría el sustrato material que permitiría apreciar un error de prohibición en aquellos cuya situación hubiera actuado como «condicionante (psico-social)» de su comportamiento²⁷; Mañalich, desde una perspectiva que incide más en el aspecto democrático de la justificación de la pena, ha sostenido la «mayor viabilidad del reconocimiento de un error de prohibición (directo) invencible que excluya la culpabilidad del sujeto en razón de su condición de extranjero», basándose en que en su caso el carácter heterónomo de la norma se manifiesta en una mayor dificultad para manifestar fidelidad a ella²⁸.

La apreciación de un error de prohibición conectado a situaciones de exclusión social parece tener como caso prototípico el «delito culturalmente motivado». De Maglie lo define como aquél «comportamiento realizado por un sujeto que pertenece a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas

²⁵ En ese sentido: Tadros, «Poverty and Criminal Responsibility», en *J Value Inquiry* (2009) 43, p. 392.

²⁶ En ese sentido justamente: Martínez Garay, *La imputabilidad penal: Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant, Valencia, 2005, p. 414.

²⁷ Silva Sánchez, «Presupuestos...», *Op. Cit.*, p. 721.

²⁸ Mañalich, «Pena y ciudadanía», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdF, Buenos Aires, 2011, p. 124.

del sistema de la cultura dominante», comportamiento que, «en la cultura del grupo al que pertenece el autor es, por otra parte, perdonado, aceptado como normal o aprobado o, incluso, impuesto»²⁹. Hay tres grandes modelos de respuesta penal a estos problemas: en un extremo encontramos el modelo *asimilacionista*, que parte de la indiferencia de las normas penales frente al fenómeno de la multiculturalidad, y que no sólo puede derivar en un tratamiento igualitario de los casos sino incluso en un trato más severo para quien comete el delito culturalmente motivado; en el otro lado encontramos el *modelo multicultural*, que pretende dar relevancia jurídico-penal al principio de tolerancia y en el que el autor de un delito culturalmente motivado puede llegar a ser incluso exonerado de su conducta, en lo que constituiría un derecho penal de autor, en este caso beneficioso para el reo; entre ambos modelos cabría un tercero —que aquí se asume como el más correcto—, que aboga por dar reconocimiento, dentro de ciertos límites valorativos y dogmáticos, a las particularidades culturales a través de su recepción en determinadas categorías del delito, destacadamente en el error de prohibición, aunque no sólo³⁰.

Lo cierto es que, de hecho, la jurisprudencia —tanto nacional como la comparada— viene considerando el factor excluyente de pertenecer a una minoría cultural como un dato relevante a la hora de calibrar el error de prohibición en determinados delitos. En términos generales, las decisiones jurisprudenciales están utilizando dos criterios para determinar la apreciabilidad del error: por un lado, la gravedad de la conducta o la importancia del deber infringido; y, por otro, el nivel de integración del sujeto en cuestión. Así, en España los casos en los que el delito culturalmente motivado afecta a derechos básicos como la vida o la integridad corporal tienden a ser penados según el *modelo asimilacionista-igualitario*: en varios casos de ablación, por ejemplo, los Tribunales han negado la concurrencia de un error de prohibición en los padres, alegando que «el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos, que actúan como mínimo común denominador exigible en toda las culturas, tradiciones y religiones», no pudiendo considerarse lícitos

²⁹ De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 65. Sobre ello, ver también: Guzmán Dalbora, «Derecho penal y minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.º 11 (2014).

³⁰ De Maglie, *Op. Cit.*, pp. 69 y 70.

aquéllas «comportamientos aberrantes e inaceptables para nuestro entorno cultural»³¹. En uno de los casos —STS 835/2012, de 31 de octubre—, el Tribunal apreció un error de prohibición vencible en la madre, apenas integrada en la cultura española, pero no en el padre, que llevaba ya 10 años y manifestaba una notable integración, la suficiente como para atribuirle un conocimiento de la prohibición. La tendencia a no apreciar error de prohibición invencible en estos casos me parece esencialmente correcta: no es posible dar reconocimiento jurídico a prácticas culturales abiertamente contrarias a la dignidad humana, más aún si afectan a bienes básicos como la vida o la integridad física, y más aún si el daño producido resulta irreversible³².

La tendencia a apreciar un error de prohibición vencible o invencible se acentúa considerablemente cuando se trata de personas no suficientemente integradas, pero también cuando se trata de delitos que no afectan a bienes primarios o que no tienen suficiente lesividad: así, la doctrina de la *cultural defense* —que en España no ha tenido demasiada influencia— se ha aplicado en casos donde el delito no ha producido daños irreversibles en el bien jurídico, como en el conocido «caso Kargar» en EEUU, en el que un afgano fue sorprendido por una vecina besando los órganos genitales de su hijo de 18 meses, una práctica aceptada en su país como señal de cariño, y que acabó en absolución por parte del Tribunal de apelación³³.

La creciente apertura a visiones normativas y no psicológicas del error de prohibición introduce, en mi opinión, mayores posibilidades de apreciación para el caso de los excluidos sociales: aquí no se trata de indagar en el contenido psíquico del autor en el momento del hecho —lo que suele ser imposible—, sino de establecer criterios normativos de razonabilidad del error³⁴. La pregunta no es: ¿conocía

³¹ Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de mayo de 2013, reproduciendo la doctrina asentada por la STS 835/2012; ver Serra-Vila, «Multiculturalismo y derecho penal. Los delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales», en *La Ley* 4592/2015, pp. 6 y ss.

³² Así, la STS 687/1996, de 11 de octubre, que pone en relación la apreciación del error de prohibición con la calidad del bien jurídico transgredido, siendo este la vida, la integridad física, establece que «no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud»

³³ Sobre ello: Donovan/Anderson, *Anthropology and Law*, Berghahn Books, 2003, pp. 107 y ss.

³⁴ Por todos: Manso Porto, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, Baden-Baden, 2009.

el autor la prohibición?, sino: ¿es razonable para nosotros exigirle, en sus específicas circunstancias, conocimiento del derecho?³⁵ Siendo así, la exclusión social me parece uno de esos *contextos*³⁶ en los que es posible atribuir un desconocimiento que pueda conducir a diferentes consecuencias: a la exención de pena, cuando la falta de integración del sujeto y la poca gravedad de su conducta permita considerarlo inevitable; a la atenuación por desconocimiento evitable, en casos en los que falta uno de los anteriores requisitos, y con extrema prudencia si el que falta es el segundo (esto es, si la conducta es grave); o, por último, a descartarlo y a imputar plena responsabilidad cuando la conducta afecte gravemente a bienes básicos y la integración del sujeto permita afirmar que su posicionamiento contrario al derecho no obedecía a un «error» sino a un posicionamiento evitable.

En mi opinión, lo anterior daría la razón a quienes critican la teoría deliberativa del castigo (aquella que asocia la legitimidad del castigo exclusivamente a las posibilidades de deliberación y participación política del ciudadano), en la medida en que —tal y como opone Silva Sánchez a la concepción de Mañalich— no es «la condición de extranjero del sujeto la que puede determinar una mayor propensión a apreciar en su caso un error de prohibición», sino que es más bien «su condición de extranjero marginado la determinante; una condición que es absolutamente asimilable a la del marginado no extranjero»³⁷. En otras palabras, aquí no se trata tanto de si el extranjero había tenido la oportunidad de votar o de convencer a los demás de su visión del mundo o de los derechos de la mujer (es más, la comunidad de acogida no estaría dispuesta siquiera a escuchar sus argumentos a favor, por ejemplo, de la abla-ción); se trata, por el contrario, de que haya tenido la oportunidad de asimilar la norma penalmente asegurada y de verse obligado por ella. Sólo si esta oportunidad no existió, o si se vio seriamente reducida dada la situación del sujeto, es posible la apreciación del error vencible o invencible.

³⁵ En sentido similar, aunque de un modo más general: Duff, *Sobre el castigo*, *Op. Cit.* pp. 155 y s., quien sostiene que no se trata de que exista una barrera psicológica que los excluidos y alienados no puedan cruzar para conocer el derecho, sino de que aquéllos se puedan identificar con la voz que les habla, y con el lenguaje en que lo hace, lo que no ocurrirá en la mayoría de casos.

³⁶ Utilizo aquí la expresión con la que Pérez del Valle (*Lecciones*, *Op. Cit.*, pp. 202 y s.) caracteriza las causas de excusa, y concretamente el error de prohibición, como un «contexto y no como un estado de la mente del autor en un momento determinado».

³⁷ Silva Sánchez, «Presupuestos ...», *Op. Cit.*, p. 724.

c) *Derecho de necesidad y exclusión social: del hurto famélico a los correos de la droga*

En un apéndice a la *Metafísica de las costumbres*, Kant desarrolla dos instituciones jurídicas que pertenecerían a lo que él denomina como *ius aequivocum* (derecho equívoco): una es la equidad y la otra el «derecho de necesidad» (*ius necessitatis*). Como es bien conocido, el paradigma del *ius necessitatis* es el caso de la tabla de carnéades: la conducta de quien arroja fuera de la tabla a otro no es punible pero tampoco está justificada, pues «la necesidad carece de ley y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto»³⁸. Para los casos que aquí nos ocupan, este paradigma sólo explica un grupo muy reducido de casos: si un pobre le quita a otro pobre la comida que ambos necesitan para sobrevivir su conducta no está justificada, pero tampoco es punible, exactamente por el mismo argumento utilizado en el caso de la tabla. Sin embargo, es posible considerar —más allá de Kant— otro grupo de casos donde la *necesidad* sí hace ley, esto es, donde sí convierte en conforme a derecho conductas que son objetivamente típicas. El caso paradigmático es el del hurto famélico, y en él los intereses o bienes en conflicto no son equiparables (vida contra vida) sino que uno prevalece sobre otro: la supervivencia prevalece sobre la propiedad, en el caso más típico de quien roba alimentos para no morir de hambre, o ropa para no morir de frío. Kant parece no poder explicar desde su planteamiento la juridicidad intrínseca de la institución de la necesidad justificante; Pawlik parece encontrar la explicación en que para Kant el derecho sólo juega un papel en la relación entre dos arbitrios, pero no en la relación entre el arbitrio y la necesidad, de ahí que tenga que recurrir a la noción de *ius aequivocum*³⁹.

Hegel ve lo anterior de un modo mucho más claro, seguramente porque su conciencia respecto del problema de la pobreza —en sus propias palabras, «una injusticia» y «un problema que mueve y atormenta a las sociedades modernas»⁴⁰— era mucho mayor de lo que lo fue para Kant. Para Hegel «las situaciones de miseria y emergencia revelan la finitud y por tanto la contingencia del derecho y del

³⁸ Kant, *Metafísica*, *Op. Cit.*, § 236, p. 46. Sobre ello, Pérez del Valle, «Imputabilidad y el derecho...», *Op. Cit.*, pp. 2 y ss.

³⁹ Pawlik, *Ciudadanía*, *Op. Cit.*, pp. 94 y s.; El mismo, *Der rechtfertigende Notsstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin, 2002, pp. 18 y ss.

⁴⁰ Hegel, *Grundlinien*, *Op. Cit.*, § 244.

bienestar»⁴¹. En ese sentido, sólo es posible *remediar* esa finitud y esa contingencia *desde dentro del derecho*, esto es, «no como concesión sino como derecho» del particular que se encuentra frente a la emergencia: «en un peligro extremo y en el conflicto con la propiedad jurídica de otro, la vida tiene el *derecho* de emergencia (...), pues por un lado está la lesión infinita de la existencia y por lo tanto la total falta de derecho, mientras que por el otro sólo la lesión de una existencia singular limitada de la libertad» esto es, «esa *determinada* propiedad»⁴². Hegel demuestra aquí un idealismo mucho menos pronunciado del que se le supone, incluso en los términos en que se expresa: «para asegurar la vida hay que tener en cuenta, por supuesto, una multitud de factores, y, si miramos al futuro, debemos considerar cada uno de ellos. Pero lo necesario es vivir *ahora*; el futuro no es absoluto y queda librado a la contingencia. Por eso la necesidad del presente inmediato puede justificar una acción injusta, pues con su omisión se cometería a su vez una injusticia y, en verdad, la mayor injusticia, la total negación de la existencia de la libertad»⁴³. Como sostiene el filósofo Klaus Wieweg, para Hegel «la garantía de la vida y de la subsistencia no puede tomarse como un acto compasivo, sino como una cuestión universal»⁴⁴.

A pesar de la acentuada preocupación de Hegel por el problema de la pobreza, la miseria e incluso la desigualdad⁴⁵, el filósofo alemán no deja de ser un hijo de su tiempo, de modo que el derecho de emergencia mediante el que se resuelven —justificándolos— los casos de hurto famélico o necesario parecen reducirse a conflictos entre vida y propiedad. La razón de que Hegel sólo integre la miseria en la imputación cuando aquélla constituye un peligro extremo para la vida es que en su teoría la miseria o la pobreza son problemas que radican en el nivel de la *moralidad* y la *eticidad* (en la *sociedad civil* y el *bienestar*), pero no —salvo en ese caso de peligro existencial— en el *derecho abstracto* y la imputación⁴⁶. De algún modo, Hegel ha sido el autor que ha servido de tránsito desde la ética de la supervivencia que asociamos a Hobbes a la del *reconocimiento*, y lo ha hecho integrando y alternando ambas en los diferentes niveles de la teoría: es cierto que la teoría de la persona en Hegel es una *teoría del reconocimiento recíproco*, como ha

⁴¹ Hegel, *Grundlinien*, *Op. Cit.* § 128.

⁴² Hegel, *Grundlinien*, *Op. Cit.*, § 127.

⁴³ Hegel, *Grundlinien*, *Op. Cit.*, § 127 (Agregado).

⁴⁴ Vieweg, «Pobreza y riqueza. Derecho de socorro y derecho de resistencia en Hegel», *Estudios filosóficos* n.º 39 (2009), p. 148.

⁴⁵ Ver, sobre ello: Vieweg, «Pobreza y riqueza», *Op. Cit.*, pp. 137 y ss.

⁴⁶ Hegel, *Grundlinien*, *Op. Cit.*, § 190.

desarrollado ampliamente Honneth⁴⁷, pero también lo es que lo único que para él puede cuestionar la obligatoriedad de una norma es el peligro para la vida, y por tanto, en ese concreto punto sigue el esquema de una ética de la supervivencia que reduce considerablemente las posibilidades de justificación del excluido social.

Durante mucho tiempo esta visión altamente restringida del estado de necesidad o emergencia, asociado tan sólo a peligros extremos, ha sido dominante en la cultura jurídica española⁴⁸. En el código penal de 1870 el hurto famélico ni siquiera alcanzaba a fundamentar una eximente, quedando reducida a una posible atenuación, y ni siquiera fundada en la necesidad sino en el arrebató u obcecación que aquélla producía en el sujeto.⁴⁹ No fue hasta 1944 cuando el Tribunal Supremo consolidó la doctrina a favor de la incardinación del hurto famélico en el estado de necesidad, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia han mantenido una visión muy restringida de la «necesidad» misma: así, por ejemplo, las STS 1-3-1974 y 3-4-1978 consideraban necesario un peligro inminente para la vida para apreciar la eximente completa, mostrando una visión muy naturalista del problema⁵⁰ y anclada, por tanto, en una ética de la supervivencia.

Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia ha sido, con múltiples restricciones, la de ampliar el ámbito de aplicación del hurto famélico, fundamentalmente por tres vías: en primer lugar, ampliando el concepto del «mal» que se pretende evitar, en el sentido de que ya no se exigiría un «peligro para la vida», sino que la propia indigencia o determinados sufrimientos entrarían a formar parte de aquellos males remediabiles en estado de necesidad⁵¹; en segundo lugar, ampliando las conductas lesivas justificables bajo su amparo, que ya no se reducen al hurto sino que abarcan también

⁴⁷ Honneth, *La lucha por el reconocimiento*, *Op. Cit.*; Vieweg, «Pobreza y riqueza», *Op. Cit.*, p. 139. En el ámbito penal, son deudores de las ideas de Hegel sobre el reconocimiento de la personalidad como fundamento del Estado y del derecho: Zaczek, «Anerkennung – Zum Gehalt des Begriffs für ein universales Rechtsprinzip», en: Thomas Sören Hoffmann u. a. (Hrsg.), *Das Recht als Form der «Gemeinschaft freier Wesen als solcher» – Fichtes Rechtsphilosophie in ihren aktuellen Bezügen*, Berlin, 2014, p. 24 y ss.; Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004, pp. 69 y ss.

⁴⁸ Lo mismo ha venido sucediendo históricamente en el derecho anglosajón, ver: Green, «Hard Times...», *Op. Cit.*, pp. 51 y s.

⁴⁹ Cámara Arroyo, «Justicia social...», *Op. Cit.*, p. 258.

⁵⁰ Martínez Escamilla, «**Pobreza y estado de necesidad...**», *Op. Cit.*, p. 667;

⁵¹ vid: Silva Sánchez, «Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español», *ADPCP*, Tomo XXXV, Fascículo III, 1982, pp. 667 y ss.

otras defraudaciones, como por ejemplo la estafa⁵²; por último, flexibilizando el requisito de que no exista otra alternativa que la de proceder antijurídicamente, en el sentido de que ya no se exige al sujeto necesitado «un penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos públicos y privados de beneficencia» como comportamiento exigido de modo alternativo a su conducta⁵³. Se puede hablar, por tanto, no ya de un «hurto famélico» sino de un «delito por miseria o exclusión». Por lo demás, sin embargo, los requisitos siguen teniendo un contenido estable: es necesaria la realidad, gravedad e inminencia del mal que se trata de evitar, lo que excluye la mera estrechez económica; se ha de actuar a instancias o por impulsos motivados por el estado de penuria o indigencia en que se halle el autor; se han de haber agotado o como mínimo intentado todos los recursos en la esfera personal, profesional y familiar para aliviar la necesidad; y los bienes obtenidos han de estar destinados estrictamente a la satisfacción de las necesidades justificantes, sin que se haya tomado más de lo indispensable⁵⁴.

Son muchas las cuestiones destacables en la discusión, aunque aquí relataré sólo una: el progresivo abandono de la noción del peligro vital en lo que al hurto famélico y el estado de necesidad respecta, y el consiguiente reconocimiento de la persona como alguien que merece protección no sólo en su supervivencia sino también en su personalidad. Así, uno puede legítimamente evitar, en estado de necesidad, no sólo su propia muerte, sino también otras situaciones gravemente privativas o causas de indignidad como la indigencia, la falta de medios de subsistencia o los graves sufrimientos o trastornos derivados del síndrome de abstinencia⁵⁵. Por ejemplo, la vergüenza y el deshonor que consiste yacer sin ropa frente a otras personas es suficientemente relevante como para justificar el hurto que serviría para paliar la situación, sin que sea necesario que el sujeto en cuestión vaya a morir de frío por su desnudez. Con esta tendencia esta-

⁵² Así, por ejemplo, la STS 1697/1991, en la que se aprecia una eximente incompleta por estado de necesidad a una mujer, madre de cinco hijos de corta edad, que carecía de trabajo y de medios de vida y que había sido abandonada por su marido, que había estafado para poder conseguir alimento y ropa (la eximente fue incompleta porque se excedió y adquirió más bienes de los que necesitaba para cubrir la necesidad).

⁵³ Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 261.

⁵⁴ De modo detallado, sobre estas exigencias: Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.* pp. 259 y ss.

⁵⁵ *vid.* STS 2/7/1979, en lo relativo a la indigencia y la falta de medios, y la STS 3/5/1974 en lo relativo a los trastornos por el síndrome de abstinencia. Sobre ello, de nuevo: Silva Sánchez, «Sobre el estado de necesidad...», *Op. Cit.*, p. 667.

ríamos completando la tarea respecto a la cual Hegel se quedó a las puertas: problemas que pertenecen al hombre como hombre (punto de vista de las *necesidades*) y al hombre como ciudadano (punto de vista de la *sociedad civil*), son relevantes también en lo que respecta a la imputación, esto es, donde el hombre aparece como *persona en derecho*⁵⁶.

Ahora bien ¿Ha llevado el TS la anterior ampliación hasta sus últimas consecuencias? Para responder a ello conviene atender a la jurisprudencia de dicho Tribunal en un fenómeno que ha tenido una importancia creciente en las últimas décadas, a saber: los correos de la droga, tal y como se conoce a quienes transportan habitualmente cocaína desde países como Colombia, en muchas ocasiones dentro de su propio aparato digestivo, introduciéndola en España y sin tener mayor implicación en la actividad del tráfico, ni antes ni después del transporte⁵⁷. Muchas de estas personas viven en sus países de origen en situaciones de extrema precariedad, tienen a su cargo hijos o familiares en muchas ocasiones enfermos, y son muy fácilmente «víctimas de quienes se aprovechan, de forma sistemática y sin riesgo propio, de tales situaciones»⁵⁸, básicamente las mafias que les ofrecen dinero por realizar el servicio. Algunos extractos de hechos probados por parte del TS darán buena cuenta del perfil delictivo del que se habla, y al que se circunscriben las siguientes consideraciones:

«Marta Lucía T. C. es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita que ha requerido distintas intervenciones médicas. Cuando tomó la decisión de transportar la droga se encontraba sometida a una situación de penuria económica que la llevo a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores» (STS 24-7-2000)

«La acción del procesado estuvo impulsada por una situación familiar grave, sin posibilidad de solucionar debido a su situación económica. Con su madre, su esposa, su hermana de 15 años de edad y su hija a su cargo, sin trabajo, con una hipoteca que pesa sobre su vivienda, a la que no puede hacer frente, ni en cuanto al capital ni a sus intereses, padeciendo su hija una enfermedad respiratoria, que de

⁵⁶ Hegel, *Grundlinien ...*, *Op. Cit.*, § 190.

⁵⁷ Indispensable sobre esta discusión: Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad ...», *Op. Cit.*, pp. 230 y ss.

⁵⁸ Voto particular de Andrés Ibáñez, en la STS 24-01-2001 (RJ 2001/459), recogido también en: Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad...» *Op. Cit.*, p. 231.

no hacer frente con la oportuna operación devendría en irremediable, no pudiendo hacerla frente debido a la carencia de medios económicos, y habiendo agotado las posibilidades a su alcance, incluso las de empeño de sus bienes, que ya había efectuado...» (STS 23-1-1998).

Pues bien, estas personas suelen aducir en su defensa la existencia de un estado de necesidad derivado de la penuria económica; no está de más precisar que precisamente por su falta de medios sus defensas suelen ser bastante precarias, con el resultado de que cuando se alega precisamente por su falta de medios sus defensas suelen ser bastante precarias, con el resultado de que apropiada cuando la situación de penuria existe, a menudo ésta no es demostrada, o ni siquiera es alegada por la defensa⁵⁹. La tónica general de la jurisprudencia del TS es la de negar la existencia de tal causa de justificación, ni como eximente total ni como parcial, básicamente con dos argumentos: primero una razón dogmática, que el mal causado mediante el tráfico es *mayor* que la penuria económica que se quería evitar (en múltiples sentencias, por ejemplo la STS 21-9-2001, se afirma que es «muchísimo mayor», o «incomparablemente mayor»), por lo que no se cumple el primer requisito del estado de necesidad; y segundo una política-criminal, en este caso que la «legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una manifiesta impunidad con imprevisibles consecuencias» (STS 24-7-2000).

Antes de realizar la crítica a lo anterior, conviene advertir que la anterior regla se excepciona cuando el acusado había realizado el transporte de la droga para cubrir los gastos de una operación quirúrgica urgente e indispensable para salvar la vida de un familiar, habitualmente un hijo⁶⁰. Sin embargo, ni aún reconociendo y dando por probado lo anterior, esto es, que la conducta obedecía a la necesidad de salvar la vida de un hijo, el TS considera apreciable la eximente completa por estado de necesidad: en los casos de «angustiosa necesidad de obtener con rapidez un dinero imprescindible para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte», dice la STS 26-10-2001, «el mal de hipotética causación a la salud pública» sigue siendo *mayor* «que el que se trataba de evitar», por lo que

⁵⁹ De nuevo, Andrés Ibáñez, en el voto particular mencionado en la anterior cita: «imputados que, además, padecen, en último término, un plus de gravamen, derivado de la frecuente precariedad de su posición en el proceso, que, con frecuencia, les impide alegar pruebas atendibles de un estado de necesidad que, en otras condiciones, sería relativamente fácil de acreditar».

⁶⁰ De nuevo, con múltiples ejemplos: Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad...», *Op. Cit.*, p. 236.

en tal sentencia se aplica el estado de necesidad como atenuante, condenándose al sujeto a la pena de 5 años de prisión⁶¹.

A falta de espacio para profundizar en todos los aspectos tanto dogmáticos como político-criminales que aquí se plantean, me parece que no es posible no detenernos en dos de ellos. La primera cuestión, destacada acertadamente por Martínez Escamilla, tiene que ver con la minusvaloración que el TS hace del problema de la pobreza y la exclusión de las condiciones de vida digna de quienes realizan estas conductas: en mi opinión es posible —y necesario— discutir *qué mal es mayor*, si el que se produce por la ingesta de las sustancias que el sujeto transporta o el que se pretende evitar con el dinero obtenido por el servicio, sea quedarse sin casa por no poder afrontar una deuda o dar de comer a los hijos; dicha discusión nos llevaría a complejas argumentaciones valorativas, que aquí no es posible abordar. Lo que no parece jurídicamente admisible es la afirmación, recurrente en el TS, de que se trata de males incomparables, tan incomparables que, por lo general, no es posible ni tan siquiera apreciar la eximente incompleta (la STS 5-10-1998 [RJ 1998/7107] habla de una «desproporción... tan evidente y abrumadora que ni precisa mayores comentarios»). Como sostiene Martínez Escamilla, para que dos males sean incomparables no sólo basta con que uno sea muy grave (los efectos del tráfico), sino que además es necesario que el otro (los efectos de la pobreza) sea muy leve, casi irrelevante, juicio totalmente insostenible a la luz de los estudios empíricos que existen a día de hoy sobre los efectos de tal privación⁶² (lo que había sido descubierto ya por Aristóteles, para quien la pobreza era uno de los «más temibles males», junto a «la mala reputación, la enfermedad, la carencia de amigos y la muerte»⁶³). En fin, hasta la propia conducta delictiva, que en muchas ocasiones implica un riesgo vital para la propia víctima que ingiere las sustancias para transportarlas, da buena muestra de esos efectos.

Por otra parte, cuando se trata no de «males» como la indigencia o el sufrimiento por la situación de penuria, sino de la muerte más o menos segura de un hijo por enfermedad, resulta que la solución del TS de apreciar tan sólo una eximente incompleta es igualmente

⁶¹ Muy crítica, no sólo con el fondo, sino con la forma, incluso con la ausencia total de argumentación del TS al respecto: Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad...», *Op. Cit.*, p. 237.

⁶² Indispensable, sobre los efectos psicológicos y estigmatizantes de la pobreza: Goffman, *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu ed., Buenos Aires/Madrid, 2012.

⁶³ Aristóteles, *Op. Cit.*, § 1115 a.

insatisfactoria: entre un mal cierto y consistente en la muerte de un familiar, respecto al cual uno tiene, además, posición de garantía, y otro mal hipotético y que además requiere de la intervención de otros múltiples intervinientes como son los efectos del tráfico, el juicio de que este último mal es mayor me parece poco plausible. Nadie podrá negar los efectos nocivos de sustancias estupefacientes como la cocaína, que es la que suelen transportar los correos, y que pueden alcanzar consecuencias tales como la grave adicción, el deterioro de la salud física y psíquica como también la perturbación de las relaciones socio-familiares del consumidor; y si bien estos males pueden reputarse mayores que los de la penuria económica, en ningún caso superan los males asociados a la muerte que aparece en el otro lado de la ponderación, de modo que la consideración de la eximente incompleta supondría una sacralización del bien jurídico «salud pública» que no se corresponde ni tan siquiera con la voluntad del legislador. Si una madre en grave situación de exclusión social transporta cocaína en el interior de su cuerpo como único medio posible para poder sufragar una operación necesaria para salvar la vida de su hijo, y así se acredita en juicio, su conducta estará justificada en la medida en que la vida del hijo vale más que la salud de los consumidores; es posible que determinados juicios valorativos nos hagan concluir que estamos ante males incomparables o equivalentes, pero entonces la solución será la de apreciar un estado de necesidad exculpante, y no una eximente parcial como pretende el Tribunal Supremo.

Aquí lo que late no es tanto una ponderación de males —que, por cierto, el TS no llega a hacer pormenorizadamente, pues sólo dedica su atención a los males derivados de la drogadicción, pero poco o nada dice sobre los de la pobreza—, sino consideraciones de tipo preventivo-generales, concretamente el temor a incentivar este tipo de conductas en caso de que se justifiquen o se exculpen. Aquí lo que sucede es que el TS está introduciendo en la ponderación, concretamente en el lado del mal causado, no sólo el hipotético daño que causaría la droga incautada, tanto a las víctimas como al propio orden público, sino también los efectos que tendría la propia justificación o exculpación de la conducta en potenciales y futuros correos. La doctrina ha tendido a aceptar que el estado de necesidad exige una ponderación de intereses que va más allá de los propios «males» en conflicto —que aquí son la pobreza o la muerte y los efectos del consumo—⁶⁴, aludiendo a la necesidad de valorar también «consi-

⁶⁴ Por todos: Mir Puig, *DP.PG.*, 8.^a ed. Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 461 y ss.; Silva Sánchez, «Sobre el estado de necesidad ...», *Op. Cit.*, pp. 667 y s.

deraciones de tipo social»⁶⁵, o los efectos «directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social»⁶⁶.

Ahora bien: ¿Pueden las consideraciones preventivo-generales, esto es, la necesidad de prevenir el eventual «efecto llamada» asociado a la justificación de la conducta, influir en el juicio sobre la anti-juridicidad de la conducta misma? Mi opinión es que no. Más allá de que la introducción de estas consideraciones pueda desbordar el tenor literal del precepto, afectando al principio de legalidad⁶⁷, existen otras razones de tipo conceptual que impedirían su consideración. La primera es que al considerar las consecuencias preventivo-generales en la ponderación estaríamos presuponiendo la antijuridicidad de la conducta de traficar o de hurtar, cuando es la antijuridicidad lo que queremos averiguar con la ponderación; entraríamos, por tanto, en un argumento circular⁶⁸.

La segunda razón, como mínimo en lo relativo a los casos en los que se pretende salvar la vida de un hijo o incluso la propia, es que el mal seguro e inminente que supone la muerte por falta de atención médica tiene *preeminencia ética* frente a un mal, el «efecto llamada», que es futuro, incierto y dependiente de múltiples factores que no dependen del sujeto necesitado (hay que retomar aquí las palabras de Hegel: «lo necesario es vivir *ahora*; el futuro no es absoluto y queda librado a la contingencia»). En virtud del principio de responsabilidad personal, no parece aceptable negar la justificación de una conducta a una persona por el efecto que dicha justificación pueda tener en otras en el futuro; efecto, por otra parte, imposible de objetivar. Una lógica tal supondría una instrumentalización del sujeto, a costa del cual se estaría solucionando un problema del que no es responsable (me refiero al hecho de que difícilmente los correos de la droga, en los casos aquí descritos, pueden ser considerados responsables del conflicto global en que se incardina su conducta, cuando su conducta refleja que son, de hecho, sus más inmediatas víctimas).

⁶⁵ Bernal del Castillo, «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», en *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñoz*, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 81 y ss., quien alude a consideraciones de tipo social que ayudarían a solucionar bienes imponderables o de difícil comparación.

⁶⁶ Molina Fernández, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, marzo 2000, n.º 1 extraordinario, pp. 221 y s.

⁶⁷ Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad...», *Op. Cit.*, p. 262.

⁶⁸ Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 33; Martínez Escamilla, «Pobreza y estado de necesidad...», *Op. Cit.*, p. 259;

En tercer lugar, aquí vuelve a manifestarse la necesidad de relativizar el temor al estado de naturaleza o al caos social que parece brotar cada vez que se discute acerca de la obligatoriedad de una norma, aun cuando lo avalen razones morales o políticas de peso. En ese sentido, aquí no se trata de justificar o excusar «en bloque» a todos aquellos que transportan estas sustancias simplemente por el hecho de que provengan de países donde la miseria y la pobreza son males generalizados; se trata, al contrario, de ponderar en toda su complejidad el contexto *personal* en el que la conducta tiene lugar, y aplicar las reglas de la justificación sin minusvalorar —como hacen repetidamente nuestros tribunales— el problema de la pobreza y la exclusión que aquí compite con el de la drogadicción. Esa ponderación nos llevará a soluciones muy distintas en función de si el sujeto sufre una situación de miseria estandarizada en su país o si lo que ocurre es que ha realizado la conducta para salvar una vida, propia o de un familiar; sería absurdo pensar que en este último caso existe un «efecto llamada», pues nadie va a provocar la enfermedad de un familiar con el objetivo de verse inmerso en una situación de necesidad justificante y así poder traficar. Son precisamente estas distinciones las que se deben exigir a los Tribunales, distinciones que excluyen soluciones simplistas como las alusiones a la «absoluta desproporción» o al peligro del «efecto llamada».

Por último, si se abre la veda para introducir consideraciones de tipo social y general, ¿porqué se introducen sólo las consecuencias preventivo-generales de la justificación, y no la situación social excluyente que está en el origen de la conducta? ¿porqué no vamos a introducir también, por ejemplo, razones de tipo retributivo, en virtud de las cuales el contexto excluyente favorece al sujeto necesitado disminuyendo su reprochabilidad?⁶⁹ En ese sentido, mi opinión es que, una vez normativizada la ponderación, no hay motivo para no introducir en ella esas otras consideraciones, opción que ha sido muy poco explorada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

En conclusión, de las anteriores argumentaciones resulta que el campo para la justificación o exculpación de la conducta del excluido, sea el mero hurto u otras conductas, es mucho más amplio de lo que tanto doctrina como jurisprudencia vienen asumiendo. Ello implica, sin embargo, valorar la pobreza o la exclusión en su justa

⁶⁹ Seelmann, «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en Robles Planas (Ed.) *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona, Atelier, 2012, p. 215.

medida, como productoras de graves conflictos motivacionales y de problemas de tipo existencial, y como situación muy proclive a conducir al sujeto a estados de necesidad.

d) *La inexigibilidad*

En los últimos años la figura que más desarrollo ha tenido en lo que respecta a la exclusión de la responsabilidad del excluido social por delitos conectados a su situación específica es la *inexigibilidad*, categoría altamente controvertida en la doctrina, y que aquí manifiesta una extrema utilidad. Si bien el concepto de exigibilidad ha adoptado diversas formas y ha sido altamente discutido desde su origen a principios del s. XX⁷⁰, aquí resulta interesante en la versión se utiliza como causa de «excusa» o «disculpa» en casos en los que, en palabras de Robles Planas, el Estado no ha sido capaz de regular adecuadamente «situaciones de grave conflicto para el ciudadano». ⁷¹ Es decir, en los que «el Estado se contradeciría a sí mismo si, por un lado, exige un comportamiento en un sentido determinado pero, por el otro, no ha ofrecido o es incapaz de ofrecer al sujeto alternati-

⁷⁰ El concepto de exigibilidad surge con el paso del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad, de la mano de Freudenthal (1922). Ello parece lógico si se tiene en cuenta que con la «inexigibilidad» se trataba de exculpar al sujeto que había cometido un delito en circunstancias extraordinarias, de grave conflicto motivacional, pero teniendo alternativas de comportamiento —esto es: siendo culpable desde un punto de vista psicológico—. Se ha tendido a aceptar como exculpación en delitos imprudentes y omisivos, pero con más dificultades en relación a los delitos dolosos y activos. Se sigue discutiendo no sólo su viabilidad como categoría, en la medida en que generaría mucha inseguridad jurídica, sino también su ubicación sistemática, esto es: si se trata de un elemento perteneciente a la culpabilidad (en una perspectiva normativa) o si se trata de una causa supra-legal de exclusión de la responsabilidad. *vid.* sobre ello: sobre ello, con gran amplitud: Melendo Pardos, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002; de la Cuesta Aguado, *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 128 y ss. Köhler. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín/Heidelberg/Nueva York, Springer, 1997, pp. 331-334; Jakobs, *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.^a ed. (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997, §20/43-44; Roxin, *Derecho penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. (trad. de Luzón Peña/ Díaz/García Conlledo/de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, §§ 22/pp. 139-141.

⁷¹ Köhler, *Op. Cit.*, p. 331; Robles Planas, «Caso del Leinenfänger», *Op. Cit.*, pp. 117 y s.; desde la teoría del discurso, en profundidad: Martín Lorenzo, *La exculpación penal: Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant, Valencia, 2009, p. 321.

vas de actuación —más o menos institucionalizadas y disponibles— para la evitación del conflicto».

Aquí estamos, siguiendo la distinción de Duff, ante un caso de ausencia de las pre-condiciones del castigo penal. Explicado en términos de teoría del delito, los casos de inexigibilidad no tienen que ver, sostiene Robles, «con la culpabilidad en sentido estricto, sino con las dificultades del Derecho para dar una respuesta justa a determinadas situaciones de conflicto»⁷², dificultades que tienen que ser integradas *más allá* de la culpabilidad, pues en muchas de estas ocasiones el sujeto tenía la posibilidad de comportarse conforme a la norma, lo que ocurre es que el Estado no puede exigirselo legítimamente.

Pues bien, en mi opinión es esta categoría la que debe acoger precisamente aquellas consideraciones generales de las que hablábamos en la ponderación del estado de necesidad, cuestiones que tienen que ver no tanto con el juicio estricto sobre el hecho y el sujeto que lo ha cometido, sino más bien con la relación entre dicho sujeto y la sociedad que pretende dirigirle el reproche. Lo primero —la relación entre hecho y sujeto— corresponde a la culpabilidad, lo segundo —la relación entre hecho/sujeto y sociedad/Estado— corresponde al juicio de exigibilidad. ¿Qué requisitos, sin embargo, deben concurrir en la *inexigibilidad*, en virtud de la cual podamos considerar que el Estado no puede reprochar a un sujeto una conducta, aún cuando la haya realizado culpablemente? Para Jakobs los requisitos son los siguientes: «1) debe existir una situación de grave conflicto; 2) que hace aparecer el hecho, valorándolo objetivamente como solución adecuada; 3) sin que el autor o el beneficiado sean responsables de la situación del conflicto». El propio autor no detalla el contenido de dichos requisitos, más allá de decir que los casos subsumibles en dicha cláusula ya caben en otros preceptos que también excluyen la responsabilidad, con lo que acaba teniendo nula «importancia práctica»⁷³. Mi opinión es que llevando a cabo una interpretación algo laxa de los anteriores requisitos —añadiendo además alguna otra consideración— es posible dar una solución justa a conflictos relacionados con la exclusión social que no pueden ser abarcados por otras categorías.

En relación a la *exigencia de un grave conflicto*, la cuestión dependerá del juicio que deba realizarse sobre la exclusión padecida por el sujeto: en ese sentido, por ejemplo, me parece un conflicto grave

⁷² Robles Planas, «Caso del Leinenfänger», *Op. Cit.*, p. 121.

⁷³ Jakobs, *Op. Cit.*, § 20/43.

todo aquél que impida al sujeto asegurar no sólo su supervivencia y su seguridad sino también las mínimas condiciones de vida digna; no me parece un conflicto grave cuando se trate, sin embargo y por lo general, de una limitación de las posibilidades de participación política (considero, por ejemplo, que un extranjero o un preso sin derecho a voto no puede, bajo el amparo de la *inexigibilidad*, coaccionar a un ciudadano que se va a abstener para que le ceda su voto).

En lo que respecta al segundo requisito, *que el hecho deba valorarse objetivamente como solución adecuada*, me parece que la solución debe ser diferente en función del tipo de deber infringido: cuando el excluido solucione el conflicto *a costa* de infracciones que afecten a la idea de ciudadanía o a bienes secundarios de la comunidad, y cuanto más vago, abstracto, distante o difuso sea el bien jurídico protegido, más posibilidades tendremos de considerar que la solución era *adecuada*; al contrario, cuando más afecte el hecho enjuiciado a la idea de dignidad, y cuanto más inmediato, concreto y valorado sea el bien jurídico afectado (especialmente si se trata de la vida y la integridad física), más difícil será calificar la solución de adecuada. En sentido similar, el propio Robles Planas plantea que la idea de exigibilidad opera de modo diferente si se trata de delitos activos u omisivos, dolosos o imprudentes, siendo más amplio su alcance en los segundos que en los primeros⁷⁴.

El último requisito —*que el autor no sea responsable del conflicto*— es el más apto para enriquecerse mediante la introducción de consideraciones relativas tanto a la idea de legitimidad política del castigo del excluido como de justicia distributiva. La razón es que es ahí donde hemos de preguntarnos quién tiene la responsabilidad por el conflicto que ha dado lugar al hecho, lo que, en el tema que nos ocupa, implica averiguar qué parte de la exclusión social en la que se encuentra el individuo es imputable a él mismo y qué parte se debe a una injusticia social producida y/o perpetuada por el propio Estado. El juicio es extremadamente complicado, en la medida en que hacerlo de modo exhaustivo conllevará actividades tan difíciles como, por un lado, indagar en la biografía del sujeto (¿se ha excluido él mismo, o ha sido excluido por la sociedad?), y, por otro, analizar si el Estado en cuestión proporciona la protección social, laboral, educativa, etc. que habría alejado al sujeto del conflicto y, por lo tanto, evitado o dificultado el hecho. En la medida en que la exclusión social toma formas infinitamente diversas, y no todas se deben al abandono del Estado, será difícil establecer aquí algo más que criterios un tanto

⁷⁴ Robles Planas, «Caso del Leinenfänger», *Op. Cit.*, p. 121.

generales: así, por ejemplo, habrá que atender a la capacidad del individuo en cuestión de acceder al conjunto de servicios que podrían haber evitado el conflicto (la sanidad, si el conflicto tiene que ver con la salud; a un salario, si tiene que ver con la propiedad; o a la educación, si tiene que ver con un exceso de impulsividad); habrá que atender a si el sujeto había intentado recurrir al Estado previamente y éste le había fallado, o si su primera opción fue la de comportarse de modo antijurídico; habrá que atender al estatus de la víctima en el conflicto, y si ésta pertenece al mismo contexto excluyente que el autor, en cuyo caso la solución no podrá ser la misma que en el resto⁷⁵; habrá que atender a la dimensión temporal o coyuntural del hecho, pues no es lo mismo que éste tenga lugar en un momento de crisis económica del Estado y de falta de oportunidades que en otro donde el Estado social ofrece garantías de protección⁷⁶; entre otras.

Es necesario realizar, no obstante, dos puntualizaciones: la primera es que la indagación en la biografía del sujeto excluido debe evitar convertirse en un juicio excesivamente cargado de *moral* sobre el pasado biográfico del sujeto, reprochándole, por ejemplo, no haber tomado mejores decisiones, que le hubieran conducido a una vida con mayores oportunidades, o reprochándole haber adquirido malos hábitos, como el alcoholismo, la drogadicción o la vagancia, lo que le habría impedido atender correctamente a sus necesidades. Es necesario recordar que justamente esa estigmatización o culpabilización del excluido social es una de las causas de la perpetuación del problema, y que precisamente lo que muchas veces se juzga como las causas de la exclusión —el alcoholismo y otras adicciones, la impulsividad o incluso la tendencia al derroche económico— son muy a menudo sus consecuencias⁷⁷.

⁷⁵ En ese sentido: Green, «Hard Times...», *Op. Cit.*, pp. 61 y s., quien ve necesario distinguir si la víctima se beneficia de la situación de injusticia, si la sufre tanto como el autor, o si no la sufre ni se beneficia de ella.

⁷⁶ En ese sentido: Robles Planas, «Caso del Leinenfänger», *Op. Cit.*, p. 126.

⁷⁷ Mullainathan/Shafir, *Scarcity: The New Science of Having Less and How It Defines Our Lives*, Times Books, NY, 2013, quienes explican con base empírica los efectos psicológicos de la pobreza, y específicamente de qué modo contribuye a una peor toma de decisiones, especialmente en lo relativo al ahorro; la conclusión, muy resumidamente, es que quien «vive al día» encuentra grandes dificultades para tomar decisiones que impliquen el largo plazo, lo que contribuye a agravar la situación de partida en múltiples facetas (toma de decisiones personales, profesionales, mala gestión de los recursos, etc.). Por utilizar una terminología especialmente acertada de Pawlik (*Ciudadanía...*, *Op. Cit.*, 132), si lo que se exige a los ciudadanos es que ya «hoy se esfuercen en afrontar los problemas que *mañana* pueden presentárseles», lo que ocurre con los pobres es que su capacidad de previsión mental está demasiado copada por las necesidades del *hoy* como para anticipar las del *mañana*, y en ese sentido uno debe ser muy prudente al culpabilizarles por esa falta de previsión.

Por otra parte, tampoco debe caerse en el error de considerar cualquier desigualdad o injusticia como una que pueda llevar a la inexigibilidad o a la deslegitimación del Estado para hacer valer sus normas como obligatorias. El orden social descansa en un alto grado confianza inter-subjetiva, y ésta sólo es posible allá donde las normas se respetan de modo estable, más aún si se trata de las normas penales; en ese sentido, sólo una injusticia grave, perpetuada en el tiempo y evitable por parte del Estado es capaz de cuestionar dicha obligatoriedad, y siempre, por supuesto, que se den las condiciones que venimos desarrollando en el presente artículo.

Si los anteriores criterios nos llevan a entender el delito como algo más conectado con una injusticia producida y perpetuada por el Estado que con un posicionamiento contrario al Derecho del sujeto excluido, y si se dan el resto de requisitos relativos al tipo de deber y al tipo de bien jurídico protegido, entonces tendremos buenas razones para considerar que el tercer requisito se cumple, esto es: que el conflicto no ha sido producido por el propio sujeto y, en esa medida, que no podemos exigirle responsabilidad por el hecho que de dicho conflicto deriva. Y si es verdad lo que dice Honneth, sobre que las condiciones de reconocimiento mutuo «no están a libre disposición del individuo, porque éste sólo puede alcanzarlos con la ayuda de sus compañeros de interacción»⁷⁸, entonces deberemos admitir más a menudo de lo que pensamos que la exclusión social no es algo que podamos cargar sin más sobre el propio sujeto excluido, y que por tanto algunos de los efectos de dicha exclusión —la dogmática debe ayudar a determinar cuáles de ellos— deben ser soportados por la propia sociedad⁷⁹.

e) *Individualización de la pena del excluido*

El tratamiento jurídico-penal tradicional de los problemas derivados de la exclusión social se podía simplificar en el siguiente axioma: si la exclusión tiene la forma de un peligro para la supervivencia se puede acudir al estado de necesidad (justificante o exculpante); todo lo demás debe ser tenido en cuenta en sede de in-

⁷⁸ Honneth, *Op. Cit.*, p. 32.

⁷⁹ Sobre la corresponsabilidad del Estado por este tipo de conflictos: Kleczewsky, «Auswirkungen Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht – eine Hegelianische Perspektive», *ARSP*, Beiheft 71, 1997, pp. 152; Silva Sánchez, «Presupuestos...», *Op. Cit.*, pp. 723.

dividualización de la pena.⁸⁰ El presupuesto teórico de tal decisión sería que el contexto excluyente sólo produce, por lo general, diferencias cuantitativas en lo que a la imputación respecta, por lo que, dentro del marco penal que comparte con el ciudadano incluido, el excluido podrá beneficiarse a lo sumo de una individualización a la baja. A lo largo del presente artículo se han proporcionado razones suficientes para mostrar mi desacuerdo con tal suposición: la exclusión social, por los intensos efectos que tiene sobre la existencia individual y social del sujeto que la sufre, produce diferencias cualitativas en relación a la posición del sujeto en cuestión frente al Estado y el Derecho; en la medida en que las leyes penales se hacen teniendo como referencia a ciudadanos incluidos —tanto en su legitimación política como en su contenido—, su aplicación a aquéllos deberá prever también diferencias cualitativas, que deben traducirse tanto en justificaciones como en excusas y atenuaciones. La utilización de la individualización para calibrar la pena más adecuada al sujeto y al caso es sin duda una opción más, pero no la única.

Existe además una razón derivada del texto legal por la que una estrategia de justicia social no pueda reducirse a la individualización: y es que, como advierte buena parte de la doctrina, el criterio de individualización en el que el contexto excluyente puede ser tenido en cuenta —«las circunstancias personales del delincuente» del art. 66.1.6 CP— juega un papel residual en la determinación de la pena⁸¹. La razón es que dicho criterio, según establece el art. 66. 1. 6 CP, sólo será tenido en cuenta cuando no concurren atenuantes o agravantes, y por tanto no en todos los casos en los que dichas circunstancias podrían producir una disminución en la reprochabilidad de la conducta del autor.

Más allá de esa no poco importante deficiencia, que la doctrina ha tratado de sortear mediante interpretaciones ampliatorias del precepto, la expresión «circunstancias personales del delincuente» parece tener un efecto extensivo respecto a la anterior «personalidad

⁸⁰ Inciden en la individualización como el lugar propio para tratar estas cuestiones, entre otros: von Hirsch, «Proportionate Punishment and Social Deprivation», en von Hirsch/Ashworth, *Proportionate Sentencing-Exploring the Principles*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 65 y ss.; Pawlik, *Ciudadanía y derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 68 y ss.

⁸¹ García Arán, «De la aplicación de las penas. Sección Primera. Reglas generales para la aplicación de las penas», en Córdoba Roda/García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*. Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 631; Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 245.

del delincuente», permitiendo introducir en dicho criterio cuestiones «relativas a su entorno social, familiar y económico»⁸². Como es lógico, las dificultades de concretar los criterios de determinación son importantes, dada la infinita variedad de las situaciones que pueden ser tenidas en cuenta. Algunos pronunciamientos del TS pueden dar, sin embargo, alguna idea para su concreción: así, la STS 927/2004 afirma que «cuando el artículo 66 del CP 1995 se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto», entre los que enumera «la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social...»; otras sentencias (por ej. STS 413/2015) hablan de «los motivos o las razones que han llevado a delinquir al acusado»⁸³.

La primera cuestión relevante al respecto es el *telos* que ha de guiar el juicio relativo a estas circunstancias: si se trata de uno *preventivo-especial* y orientado a la peligrosidad; o uno *preventivo-general-positivo* y orientado a la culpabilidad (o retributivo, que para el caso tiene los mismos efectos). Si la teleología de análisis es *preventivo-especial* —como sostiene buena parte de la doctrina⁸⁴— la exclusión social podría conducir a una mayor pena, en la medida en que por definición los sujetos excluidos tienen mayor probabilidad de volver a delinquir —y desde luego de ser descubiertos haciéndolo— que los sujetos incluidos y socializados. En lo que respecta a estos casos, me parece más correcto vincular el criterio a la idea de culpabilidad, en virtud de la cual es posible afirmar la menor reprochabilidad subjetiva de la conducta del sujeto excluido, dadas las dificultades de las que partía a la hora de orientarse conforme a la norma⁸⁵. En esa línea, algunas sentencias han tenido en cuenta la precariedad vital y económica como criterio argumentativo para

⁸² Con amplias referencias: Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 247.

⁸³ Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia a este respecto, de nuevo: Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 249.

⁸⁴ Ver: Besio Hernández, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 407 y s.

⁸⁵ En ese sentido, Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 251, aunque vinculándolo no tanto a la idea de culpabilidad como a la prevención general positiva y la demanda de justicia social; en la misma línea, desde una visión fenomenológica de la concreción de la pena: González de León, *La concreción del castigo*, Tesis doctoral (Uao-CEU, 2017), pp. 369 y s.

disminuir la pena: por ejemplo, en los casos de los correos de la droga en los que, como vimos, se descartaba el estado de necesidad, cuya situación de grave penuria sí es tenida en cuenta en sede de individualización⁸⁶; como también en otros, donde lo que se tiene en cuenta es el estatus socio-económico, laboral o incluso cultural del autor del delito⁸⁷. Por otra parte, en lo que respecta a la penas de multa, donde la situación económica del delincuente es de obligada valoración (art. 50. 5 CP), algunos tribunales han resuelto imponer el límite mínimo de pena aunque de modo muy restringido, limitándolo a los casos de extrema indigencia o miseria⁸⁸.

La consideración de las circunstancias personales del delincuente se extiende a otras lugares de la legislación penal: en lo relativo a la suspensión de la pena (art. 80. 1 CP); a la medida de expulsión del territorio de delincuentes extranjeros (89. 4 CP); en la revisión de la pena de prisión permanente revisable (art. 92.1.c CP) recién establecida por la Ley 1/2015; como también en relación a la individualización secundaria, aquella que tiene lugar para decidir el régimen penitenciario al que se va a someter al penado.

Las anteriores consideraciones dan buena muestra de la insuficiencia de dar respuesta en sede de individualización a los problemas de justicia penal derivados del castigo *igualitario* del excluido: no sólo porque desde ella no pueden darse solución a las diferencias cualitativas que muy a menudo existen entre la posición social y jurídico-penal del excluido y la del ciudadano protegido, sino que, además, la propia institución está regulada en nuestro Código penal de un modo tan rígido y restrictivo que su efectividad es «más bien residual» frente al objetivo de ajustar la pena a las circunstancias personales y sociales del delincuente⁸⁹. *De lege data* la restricción de este criterio a los casos donde no existen otros atenuantes o agravan-

⁸⁶ Así, la SAP Madrid, de 29 de Enero de 2002: «no [...] es igual la capacidad de decidir en libertad o, si se prefiere, de actuar conforme a la norma o de protagonizar una conducta alternativa a la que integra el tipo penal, de quien vive con normalidad y holgura y quien se pregunta cada día que será de él y su familia, y se encuentra en situación, sino de necesidad, si de tan grave apuro como para ingerir un tóxico potencialmente mortal y transportarlo durante horas dentro de su organismo» (en mi opinión, como ya he desarrollado antes, la propia descripción del TS sugiere más una «necesidad» que un «apuro»).

⁸⁷ Vid.: Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 253, quien pone el ejemplo de la STS, de 24 de Julio de 2000, donde se atenúa la pena a un «hombre de pueblo fácil de tentar» en un delito de cooperación con el tráfico de drogas.

⁸⁸ Así: SAP Coruña 18/2003 de 9 de Enero.

⁸⁹ Esa es la conclusión de Cámara Arroyo, «Justicia social y Derecho Penal...», *Op. Cit.*, p. 274.

tes obliga, más si cabe, a buscar otras fórmulas de exclusión total o parcial de la responsabilidad —causas de justificación, de excusa y de inexigibilidad—; *de lege ferenda* debe ampliarse la incidencia de este criterio a *todos los casos* de individualización, y, en segundo lugar, debe añadirse un atenuante específico que recoja los casos de grave exclusión social —mientras tanto es posible tratar de fundamentar su incardinación en la atenuante analógica del 21.7 CP—.

4. Conclusión

La exclusión social es un fenómeno relevante para el derecho penal —como mínimo— por dos motivos. El primero es que, de modo análogo a otras circunstancias, puede afectar a la motivabilidad del sujeto de un modo particularmente intenso, y lo hace en un sentido obstaculizador, en la medida en que un sujeto desprotegido por el Estado y por el Derecho tendrá más dificultades para interiorizar la obligatoriedad de las normas que el sujeto socializado e integrado, y esa es una diferencia que merece traslación en la teoría del delito. El segundo motivo es que el *ius puniendi* es un fenómeno no sólo jurídico sino también político⁹⁰, lo que significa que la pena no opera en «abstracto» sino integrada en un determinado entramado social; en ese sentido, se necesitan criterios para dar una respuesta justa a quienes han sido excluidos de las condiciones de reconocimiento recíproco que son el fundamento de lo social, específicamente aquellos cuya situación se debe, parcial o totalmente, a una injusticia tolerada o producida por el propio Estado que desea dirigir un reproche al sujeto.

Con ello se evita la contradicción que se derivaría de integrar al sujeto sólo para castigarlo, cuando dicha integración no ha existido a la hora de ser socializado, protegido o educado, justamente aquellos derechos y servicios que hacen que quien vive incluido tenga menos motivos o incentivos para delinquir. Lo anterior no puede llevar a la conclusión generalista de que quienes viven en condiciones de marginalidad no son responsables de sus delitos, o que el Estado carece *absolutamente* de la legitimidad para hacerles responder:

⁹⁰ Duff, *Sobre el castigo*, *Op. Cit.* p. 30; Kindhäuser, «Personalidad, culpabilidad, retribución», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdF, Buenos Aires, 2011, p. 124. p. 11; Mañalich, «Pena y ciudadanía», *Op. Cit.*, p. 118; Günther, *Schuld un Kommunikative Freiheit*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005. Entre nosotros, muy temprano: Mir Puig, *Estado, pena y delito*, BdF, Montevideo, 2006

un problema tan complejo como éste no permite trazos toscos. La respuesta que se deba dar a estos delitos merece una articulación dogmática refinada a través de las diferentes categorías del delito, en muchos casos enriquecidas mediante argumentos de justicia social. Así, en unos casos la conducta del excluido estará justificada o su responsabilidad será inexigible —como por ejemplo cuando la situación de privación es especialmente grave, cuando no existe apenas integración o cuando el bien afectado por el delito es secundario—; mientras que en otros la conducta será reprochable en la misma medida que si la realizase un sujeto incluido, o a lo sumo merecerá una atenuación —especialmente cuando la conducta es grave y afecta a bienes primarios como la vida y la integridad de las personas—.

En un momento histórico en el que la exclusión social y la desigualdad aumentan a un ritmo cada vez mayor, y con un sector cada vez más amplio de personas quedando por detrás del estándar de reconocimiento recíproco, el derecho penal debe evitar contribuir, por ignorar *sus circunstancias*, a una nueva y añadida despersonalización.