

Leopoldo Puente Rodríguez
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

-

El objetivo de este trabajo es poner en cuestión algunos de los mejores argumentos que se han ofrecido para atemperar (o, incluso, descartar por completo) el castigo de la persona que ha sido socialmente excluida. La principal conclusión será que tales argumentos no son tan convincentes como pudiera parecer en un principio. Además, podrían conducir a algunos efectos inesperados que contribuirían a una creciente exclusión (simbólica y material) de tales personas. Por último, se defenderá que el Derecho penal no es el camino para mejorar las condiciones de vida de las personas excluidas y marginadas. Las herramientas para tal objetivo habrán de ser buscadas en otros lugares.

Abstract

-

It is the aim of this paper to question some of the best arguments that have been offered for mitigating (or even excluding altogether) the punishment of the socially excluded person. The main conclusion will be that such arguments are not as convincing as they might at first appear. Moreover, they might lead to some unexpected effects that could contribute to an increasing (symbolic and material) exclusion of such persons. Finally, it will be argued that criminal law is not the way to improve the living conditions of excluded and marginalised people. The tools for such a goal ought to be sought elsewhere.

Zusammenfassung

-

Ziel dieses Beitrags ist es, einige der besten Argumente in Frage zu stellen, die für eine Abmilderung (oder sogar den völligen Ausschluss) der Bestrafung sozial ausgegrenzter Personen vorgebracht wurden. Die wichtigste Schlussfolgerung ist, dass solche Argumente nicht so überzeugend sind, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mögen. Darüber hinaus könnten sie zu unerwarteten Effekten führen, die zu einer zunehmenden (symbolischen und materiellen) Ausgrenzung dieser Personen beitragen werden. Schließlich wird argumentiert, dass das Strafrecht nicht der richtige Weg ist, um die Lebensbedingungen von ausgegrenzten und marginalisierten Menschen zu verbessern. Die Mittel für ein solches Ziel müssen an anderer Stelle gesucht werden.

Title: *Against the mitigating (or suppression) of the punishment of the social excluded people*

Titel: *Gegen die Milderung (oder Beseitigung) der Bestrafung der sozial ausgegrenzten Menschen*

-

Palabras clave: exclusión social, legitimación del castigo, responsabilidad penal

Keywords: *social exclusion, legitimisation of punishment, criminal responsibility*

Stichwörter: *Soziale Exklusion, Legitimierung von Strafe, strafrechtliche Verantwortung*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.08

-

Recepción
16/09/2022

-

Aceptación
05/12/2022

-

Índice

-

1. Introducción

2. Estado de la cuestión

3. Algunas objeciones

3.1. Objeción al argumento «las cárceles están llenas de pobres»

3.2. Objeción al significado de la corresponsabilidad

3.3. Objeción de las consecuencias de la exoneración de responsabilidad: la exclusión comunicativa

3.4. Objeción al problema de la «contaminación» del sujeto que imputa

3.5. Objeción del Estado como ficción unitaria

3.6. Objeción de la limitación de los delitos por los que se podría exonerar al excluido

3.7. Objeción a la heteronormación como fuente de legitimación del Derecho penal

3.8. Objeción a la pretensión de individualización ilimitada

3.9. Objeción a la idea de que la atenuación y la exclusión de responsabilidad pueden ser un incentivo a la solución del problema social de fondo

3.10. Objeción de los difusos deberes de protección del Estado

3.11. Objeción de quién soporta el coste de la atenuación/exoneración

3.12. Objeción del «marginado cumplidor»

3.13. Objeción de la inexistencia de una vía legal para la atenuación/exoneración

3.14. Objeción a la intervención alternativa sobre el marginado

3.15. Objeción a la oposición entre un Derecho penal politizado y uno pretendidamente apolítico

4. Conclusión

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Las próximas páginas pretenden, modestamente, contribuir al importante debate sobre qué ha de hacer el Derecho penal con el excluido social. Más en concreto, se intentará aportar algo a la discusión acerca de si es lícito hacer plenamente responsables a aquellas personas que, de manera sistemática, han sido privadas de importantes bienes (esencialmente materiales, pero también simbólicos) ya sea por una política activa del Estado o por una indebida desatención de sus deberes por parte de este.

El planteamiento que ofreceré es, por un lado, incómodo: discutiré la (en el fondo) confortable idea de que el Derecho penal puede contribuir a paliar determinadas injusticias sociales. Así, sostendré, en definitiva, que es posible que los sin duda bienintencionados esfuerzos que en los últimos tiempos está desplegando una cualificadísima parte de nuestra doctrina conduzcan a resultados indeseables (principalmente, aunque no solo, para el propio excluido social).

Pese a que mi argumentación será, por ello, «incómoda en el fondo», debo reconocer desde ya que será, por dos razones, «cómoda en la forma». La primera razón es que siempre es más fácil destruir que construir y mi labor aquí es esencialmente destructiva. Mientras que buena parte de los autores que citaré en estas páginas han elaborado ricas, complejas y coherentes construcciones teóricas, yo no pretendo realizar una construcción alternativa que enfrente a ellas, sino poner en cuestión algunas de las bases sobre las que se asientan o las consecuencias que con ellas se alcanzan. Sucede así que para que mi crítica tenga algo de correcta no será preciso que se compartan todos mis razonamientos, ni siquiera una buena parte de ellos. La segunda razón por la que mi escrito será «cómodo en la forma» es de carácter expositivo. En él formularé, en forma de objeciones, algunas dudas sobre las razones delineadas por la doctrina favorable a excluir o atemperar la responsabilidad del excluido. El hecho de oponer «dudas» a los «razonamientos» de los autores a los que me referiré puede que tenga algo de deshonesto. Las dudas que se manifiestan requieren mucho menos compromiso por mi parte del que requieren los razonamientos por parte de sus autores. Sin embargo, no puedo más que garantizar que no acudo al expediente de las «dudas» como una suerte de escudo tras el que parapetarme de las objeciones que, a su vez, pueda plantear el hipotético lector. Por el contrario, lo que persigo es, más bien, ser persuadido de mi error para poder defender en un futuro una tesis al respecto que me sería mucho más grata.

Este trabajo consistirá, entonces, en una somera exposición de algunas críticas que alcanzan, en mayor o menor medida, a los distintos autores que han defendido la exoneración del castigo al excluido social o su atemperación. Por obvias razones de espacio, no me detendré en exponer las particularidades de las diversas construcciones que se han ofrecido, aunque señalaré, en cada una de las objeciones apuntadas, aquellos autores para los que considero que estas resultan más pertinentes. En cualquier caso, evitaré incurrir en la denominada «falacia del hombre de paja»; esto es, pese a que no exponga la completa construcción de cada autor, no la sustituiré por otra que acumule los problemas de todas ellas y olvide sus virtudes particulares facilitando mi tarea.

* Autor de contacto: Leopoldo Puente Rodríguez (leopoldo.puente@uam.es). Este artículo, como todos mis trabajos, no es más que el fruto de una reflexión colectiva en la que he tenido el placer de participar, seguramente emborronándola. Quiero agradecer especialmente a los Profesores Enrique Peñaranda, Ivó Coca, Carlos Castellví y Oriol Martínez y a la Profesora Marta Pantaleón su tiempo, sus (siempre) inteligentes observaciones y sus oportunas sugerencias (aunque, por distintas razones, no haya podido atender a todas). Igualmente, quiero dejar constancia de mi agradecimiento a la Profesora María Martín y al Profesor Javier Cigüela, de los que siempre aprendo, que han sido un estímulo decisivo para la elaboración de este trabajo.

Antes de profundizar en las distintas objeciones, procede esbozar someramente el estado de la cuestión en esta materia para que cada uno de los obstáculos que serán indicados —y que se vincularán, entonces sí, a concretas construcciones— puedan ser debidamente contextualizados.

2. Estado de la cuestión

Aunque, como es lógico, la preocupación por el trato penal que recibe el excluido social (con esta o cualquier otra denominación) cuenta con antecedentes remotos¹, en los últimos tiempos la cuestión ha vivido un relevante impulso. En España, en concreto, este impulso se debe a los importantes y recientes trabajos en la materia de SILVA SÁNCHEZ² y CIGÜELA SOLA³, pero también a otros muchos más «escondidos» como los de SÁNCHEZ DAFUACE⁴ o CASTELLVÍ MONSERRAT⁵, o más sectoriales como los de MARTÍNEZ ESCAMILLA⁶, o CÁMARA ARROYO⁷. Fuera de España, el debate, en parecidos términos, ha tenido lugar también (y previamente) en distintos puntos de Iberoamérica (particularmente Argentina, Brasil y, en menor medida, Chile). Sin embargo, aunque en los países del entorno anglosajón la cuestión ha sido discutida, lo ha sido más desde la perspectiva de la filosofía moral que desde la estrictamente jurídica. En Alemania, por su parte, la cuestión ha sido, con carácter general, llamativamente obviada⁸.

Creo no ser impreciso si sostengo que todas estas construcciones comparten un parecido punto de partida (el Derecho penal, al castigar al excluido social, se «ceba» con quien previamente ha sido víctima de una injusticia social y política) y un similar punto de llegada (es necesario atemperar el tratamiento penal que se suministra a estos sujetos dado que su responsabilidad, por unas u otras razones, no ha permanecido incólume tras su exclusión).

Quizás la división más fructífera entre estas opiniones sea aquella que clasifica las posturas entre los que señalan que el excluido social es menos imputable (o, más ampliamente, menos culpable) y aquellos que indican que el excluido social es perfectamente imputable (y culpable), pero que existen *otras razones* por las que no debería ser castigado en la misma medida que el sujeto no excluido. Entre esas otras razones destaca aquella, especialmente acogida por la doctrina anglosajona y española, que señala que en el proceso de atribución de responsabilidad no solo importa que el sujeto sea responsable de lo sucedido, sino también que quien vaya a atribuir tal

¹ Vid., al respecto, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, 2019, pp. 25-44.

² SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, *passim*; y SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 67-112.

³ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, *passim*.

⁴ SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 225-265.

⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, 2020, pp. 363-404.

⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, *passim*.

⁷ 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)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (68), 2015, *passim*.

⁸ Para una interesante hipótesis acerca de por qué el abordaje de estas cuestiones ha tenido tan escaso desarrollo en Alemania (y el resto de Europa) en comparación con otros lugares, vid. CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 283-285. Con todo, quizás se pueda apreciar el comienzo de un cambio de tendencia también en Alemania del que la inclusión del debate en el más importante tratado de Derecho penal puede ser la mejor muestra. Vid. ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 5ª ed., 2020, § 19, nm. 64-78.

responsabilidad tenga legitimidad para hacerlo. En definitiva, y especialmente por el impulso de DUFF a estas ideas, la responsabilidad tendría un «componente relacional»: un sujeto no responde solo por algo, responde de algo ante alguien⁹. En ocasiones, puede suceder que ese «alguien» no tenga derecho a responsabilizar a otro. Sobre ello volveremos más adelante.

3. Algunas objeciones

Expuesto muy resumidamente el estado de la cuestión, llega el momento de enumerar las dudas que pueden surgir al analizar las distintas construcciones y explicarlas brevemente. Insisto en que lo que aquí se ofrece no es una crítica sistemática a ninguna construcción en particular, pero sí un conjunto de posibles problemas a los que toda construcción habría de ser capaz de escapar para conseguir que el tratamiento suministrado al excluido social fuera verdaderamente satisfactorio.

3.1. Objeción al argumento «las cárceles están llenas de pobres»

Una primera duda que merece algo de atención es la de qué peso puede tener en la argumentación el hecho de que las personas excluidas se encuentren sobrerrepresentadas en prisión. Sobre la base fáctica de esta afirmación no me detendré porque no es cuestionada por nadie¹⁰. Sin embargo, cuál sea el juicio de valor que haya que extraer de tal «hecho bruto» no es demasiado evidente. Si de él se pretende extraer solo un «indicio» de que el Derecho penal se relaciona de modo desproporcionado con el excluido social, ello será cierto. Si, por el contrario, lo que se pretende es extraer «directamente un argumento» que explique que el excluido se encuentra «injustamente» sobrerrepresentado en nuestras prisiones, eso será un error¹¹.

Si de este hecho se quiere derivar que la mayor delincuencia de los «desfavorecidos» evidencia un déficit de socialización que los hace propensos al delito, como parece hacer algún autor¹², es

⁹ DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, p. 36. En una línea similar se pronuncia también MAÑALICH RAFFO, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 207 s., que destaca que «[p]ara poder ser hecho responsable por un injusto, uno tiene que resultar responsable ante alguien. Y este alguien sólo puede ser la propia comunidad política». MAÑALICH RAFFO «Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal», en MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (coords.), *La culpabilidad*, 2019, pp. 203-206, se ha referido más adelante también a este mismo fenómeno empleando una terminología algo distinta: «la ontología relacional de la culpabilidad».

¹⁰ Vid., sobre lo veraz de esta afirmación y su alcance, PUENTE RODRÍGUEZ, «Inmigración y delincuencia: medias mentiras frente a medias verdades», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, *passim*. En cualquier caso, resultan de sumo interés las consideraciones de CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 136, destacando que lo criminógeno no es tanto la pobreza como el desigual reparto de la riqueza. En este mismo sentido, han sostenido NEUBACHER/BÖGELEIN, «¿Criminalidad de los pobres-criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, p. 53, que «se puede suponer que no es la pobreza en sí misma la que genera delincuencia sino más bien la desigualdad social o, más precisamente, la percepción subjetiva de desigualdad social».

¹¹ Para justificar que la excesiva representación de determinados estratos sociales es *injusta* no basta con recopilar datos, sino que es preciso ofrecer un marco teórico que permita entenderlos de un modo adecuado. En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, «Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 138-140, aporta una sugerente explicación de cómo el crecientemente hegemónico discurso político-criminal gerencialista contribuye a perpetuar (y desarrollar) los componentes clasistas y aporófobos que acompañan al Derecho penal desde tiempos remotos.

¹² Así, a medio camino entre el «indicio» y el «argumento», ha dicho SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 228-229, que «sí se puede obtener un indicio de que determinados entornos sociales dificultan considerablemente la capacidad de actuación conforme a Derecho con un solo repaso a la extracción social de la mayor parte de las personas que componen la población penitenciaria».

necesario explicar por qué ese mismo argumento no se extrapola a un sector porcentualmente muy superior al que representan los «desfavorecidos» en prisión como es el colectivo «hombres». Trazando una línea argumental similar, la mayor delincuencia de los hombres evidenciaría o bien un déficit de socialización, o bien una diferencia biológica (para empezar, de carácter hormonal) con respecto a las mujeres. Sin embargo, defender la atenuación de la responsabilidad del autor del delito por el mero hecho de ser hombre resultaría por completo inadmisibles¹³. Será necesario explicar qué diferencia al colectivo de los «excluidos» del colectivo de los «varones» y ello no es algo que se extraiga, sin más, de la composición penitenciaria¹⁴.

En cualquier caso, esta primera objeción resulta poco importante porque, en general, el argumento al que se refiere es empleado solo con carácter auxiliar, de modo casi retórico.

3.2. Objeción al significado de la corresponsabilidad

Otro de los presupuestos que con gran frecuencia se encuentra (explicitado o de modo latente) en las construcciones orientadas a la minoración de la pena del excluido es el de que el Estado es corresponsable de la situación en la que este se encuentra; situación, además, notoriamente criminógena¹⁵. Comparto tal opinión. Sin embargo, lo cierto es que algunos autores parecen sostener que eso implica que la responsabilidad, entonces, ha de ser repartida¹⁶. Eso, en cambio, no lo comparto. La corresponsabilidad no implica necesariamente reparto (en el sentido de «división») de la responsabilidad, sino que puede perfectamente significar responsabilidad plena y conjunta por el hecho¹⁷. Dos personas son corresponsables de algo tanto cuando la responsabilidad es «repartida», como cuando es «compartida». El caso de la coautoría en un delito es un ejemplo claro: un coautor no resta responsabilidad al otro. La plena responsabilidad de un agente no tiene necesariamente que desplazar la que otros puedan tener también.

Además, la responsabilidad puede ser de distinta clase. Por ejemplo, es perfectamente posible ser responsable de algo en términos morales y no serlo jurídicamente. También es plausible tener la responsabilidad política de algo de lo que no se tiene responsabilidad moral. Es más, es posible ser jurídicamente responsable de algo y no ser penalmente responsable de eso mismo (la responsabilidad civil o administrativa son buena muestra de ello).

¹³ ROBINSON, «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and “Rotten Social Background”», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2), 2011, pp. 59-61.

¹⁴ Por otro lado, encontrar en la composición penitenciaria un indicio de una menor «capacidad de actuación conforme a Derecho» y no, por ejemplo, del carácter selectivo del Derecho penal (idea esencial en la propuesta de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2006, p. 514, que consideran, precisamente por ello, insuficiente la idea de co-culpabilidad) es ya una decisión bastante cuestionable. Sobre el componente selectivo del Derecho penal, vid., también, PÉREZ CEPEDA, «Aporofobia y Derecho penal en el Estado Social», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 41-44.

¹⁵ El término corresponsabilidad impera en los trabajos europeos sobre la materia, mientras que en los planteamientos procedentes de Iberoamérica se ha impuesto el de «coculpabilidad», pero, a los efectos que ahora nos ocupan, esta distinción es irrelevante.

¹⁶ Al «reparto» de responsabilidad SEELMANN, «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, *passim*, lo llama «dispersión». Nos referimos, en cualquier caso, a lo mismo.

¹⁷ Vid., PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, 2021, p. 250, para un desarrollo algo más detallado de esta idea.

De este modo, hablar de la corresponsabilidad del Estado es, sin duda, correcto. Pero siguen en pie tres preguntas que no suelen ser respondidas: ¿hablamos de responsabilidad «compartida» o «repartida»? ¿hablamos de corresponsabilidad «penal», «moral» o «política»? ¿por qué? Como todo punto sobre el que hay consenso, este se sustenta en que la afirmación no es lo suficientemente precisa para generar disenso. Las consecuencias de detallar este concepto de corresponsabilidad pueden ser muy distintas en función de cómo se haga. Y para que esta corresponsabilidad tenga un efecto en la minoración de la pena del excluido hay que explicar por qué hablamos, en concreto, de responsabilidad «repartida» y de responsabilidad «penal».

Especialmente interesante es, en este punto, el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ. El propio autor reconoce que «la existencia de una conducta de participación responsable de un tercero no obsta a la atribución de plena responsabilidad al autor por su hecho. Está claro que la responsabilidad en los casos de pluralidad de intervinientes en un hecho no se divide. La única excepción es, naturalmente, el caso en que la conducta del partícipe haya tenido que ver precisamente con la disminución de los frenos inhibitorios del autor. En otras palabras, con la provocación o no evitación de defectos cognitivos o volitivos surgidos en éste»¹⁸. Tras ello, señala que «la situación de defecto cognitivo o volitivo derivada de la pobreza, y que padece el autor, no le es imputable a él, ni tampoco puede considerarse accidental. Por el contrario, cabe imputársela, activamente, a la “estructura social” y, por omisión del deber de garante, al Estado»¹⁹. Señalado cuanto antecede, y tras descartar que nos encontremos ante un supuesto similar a la autoría mediata, indica que nos hallamos ante «el juicio de responsabilidad que —sobre el hecho del autor— pretende emitir quien ha participado por omisión en la génesis de defectos cognitivos y volitivos del autor que se manifiestan precisamente en su hecho»²⁰.

Con esta última declaración hemos llegado a lo que me parece que es el núcleo del problema. En primer lugar, aceptemos, en beneficio de la discusión, que se producen los «defectos cognitivos y volitivos» que se refieren. Aun siendo así, y partiendo de que estamos hablando (el propio autor así lo indica) de sujetos plenamente responsables (en caso contrario las soluciones serían otras), la analogía con los supuestos de participación en los que uno de los responsables causa el déficit en otro desaparece. Ya no hablamos de algo parecido a quien propicia un error (de tipo o de prohibición) en otro o del que dificulta la autocontención del autor disminuyendo su imputabilidad. Hablamos ahora de algo que se parece más a un simple partícipe que proporciona medios o razones para cometer el delito: precisamente los supuestos en los que se sostiene que la responsabilidad es conjunta.

En cualquier caso, creo, además, que no es adecuado hablar en estos casos de «defectos cognitivos y volitivos del autor que se manifiestan precisamente en su hecho». Por el contrario, creo que en muchos casos en el delito cometido por el excluido social no hay defecto cognitivo o volitivo alguno expresado en el delito, sino, más bien, una decisión perfectamente racional (en absoluto «defectuosa») que, en muchas ocasiones, podría ser compartida y emulada por el propio autor de estas páginas (o su hipotético lector) si su situación fuera otra. En definitiva, creo que si estos «déficits» (suponiendo que los hubiera) no afectan a la responsabilidad del autor, su

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 96.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 96 s.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 97.

generación no puede ser un título suficiente para «repartir» la responsabilidad, aunque sí sea bastante para «compartirla»²¹.

3.3. Objeción de las consecuencias de la exoneración de responsabilidad: la exclusión comunicativa

Antes de formular sintéticamente esta tercera duda/objeción, resulta preciso dedicar unas breves palabras a una cuestión algo general para contextualizar debidamente los eventuales problemas a los que algunas tesis sobre la exención de responsabilidad del excluido social podrían conducir. Resulta evidente que, de un tiempo a esta parte, la doctrina penal se siente profundamente incómoda con el objeto básico de su trabajo: el castigo, el dolor, la pena, el sufrimiento humano impuesto desde el Estado. Por eso, desde hace tiempo se ha tratado de encontrar una justificación de ella que apele no solo a su utilidad para la sociedad, sino a que esta, de una u otra forma, aporta algo bueno al sujeto que la sufre. Dejando de lado visiones insoportablemente paternalistas acerca de qué es eso bueno que se aporta al sujeto castigado²², parece que los esfuerzos más atinados han sido aquellos que han conducido a sostener que, en cierto sentido, la pena «honra» al delincuente como ser racional²³, «reconoce» su personalidad²⁴, o lo «reconoce» como su interlocutor²⁵. De este modo, el imputable es honrado en su condición y reconocido como un individuo «igual» (o «parecido») a «nosotros»; en definitiva, es considerado una persona «normal», con todo lo valioso que ello conlleva²⁶.

Si esto es así, parece claro que, al menos en el plano simbólico (que, contra lo que a veces parece sugerirse, no es sinónimo de «carente de importancia»), la pena es, cuando resulta merecida, un bien²⁷. El «problema» reside en que, así caracterizada la situación, no se puede negar que la no

²¹ En cualquier caso, es cierto que SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 97, tras desarrollar la argumentación que se ha expuesto señala inmediatamente que «lo más relevante no son los defectos cognitivos o volitivos que puedan concurrir en el agente, ni su intensidad. Lo determinante es que el partícipe —quien provoca o quien tiene el deber de neutralizar los factores en alguna medida desencadenantes del hecho del autor— carece de legitimación para reprochárselo». De este modo, tengo la impresión de que se mezclan dos problemas distintos: si hay que repartir o no y, decidido lo anterior, si el Estado puede hacer valer el eventual reparto. Por ello, creo que lo más preciso sería decir no que esos déficits —de nuevo, suponiendo que existieran— no sean «lo más relevante», sino que no son relevantes en absoluto. Podrían darse muy distintos escenarios: responsabilidad individual que el Estado puede hacer valer, responsabilidad individual que el Estado no puede hacer valer, corresponsabilidad que el Estado puede hacer valer y corresponsabilidad que el Estado no puede hacer valer.

²² DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal, Tomo I*, 1895, pp. 389-390, señala, por ejemplo, que «considérese la pena como un verdadero tratamiento preventivo, y desaparecerá toda repugnancia á someter á él á los peligrosos, á los inferiores, á los que, por serlo, necesitan dicho tratamiento; antes bien, no sólo no se sentirá esta repugnancia, sino que se estimará como el cumplimiento de un deber para con ellos, como la satisfacción á un derecho que en los mismos se reconoce, y como la satisfacción, á la vez, de un sentimiento altruista y humanitario».

²³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, p. 98.

²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, 2002, p. 168.

²⁵ MAÑALICH RAFFO, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 64 s.

²⁶ Para una profundización en esta idea, vid. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 231-312.

²⁷ En cualquier caso, ello requiere un importante matiz que, con gran acierto, realiza CIGÜELA SOLA, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-19), 2020, pp. 221-222, cuando señala que «en términos teórico-abstractos considero que un encarcelamiento temporalmente restringido, por delitos graves y en condiciones dignas puede considerarse compatible con la noción de pena como reconocimiento (aun cuando pueda criticarse por otros motivos)», pero determinadas formas de encarcelamiento (paradigmáticamente

imposición de una pena puede suponer, entonces, la privación de un bien (o, dicho a la inversa, la imposición de un mal), que no siempre estará justificada.

Un planteamiento de esta clase corre el riesgo de ser rápidamente etiquetado como de abstracto, teórico o desapegado de la realidad cotidiana. Sin embargo, lo cierto es que, más allá de lo que pueda suceder en algunos casos concretos en los que se reclama la propia responsabilidad plena²⁸, la lucha por la despatologización de determinados colectivos (la del colectivo homosexual probablemente sea el mejor ejemplo) demuestra que la etiqueta de «enfermo» o «inimputable» no es siempre positivamente valorada por quien la recibe. Un caso más actual e igualmente ilustrativo de todo esto es el del colectivo de las personas con discapacidad que en los últimos tiempos reivindica que sus miembros sean considerados, en principio, responsables. Concretamente, el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cristalizando sus demandas, dispone que «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». Si hubiera dudas acerca de que tal precepto se refiere también (de manera más o menos razonable) a la responsabilidad penal, lo cierto es que los trabajos preparatorios de este instrumento internacional las despejan rápidamente²⁹.

Así las cosas, nos encontramos con que, frente a la tendencia bienintencionada a ampliar el ámbito de la inimputabilidad (evitando así el castigo), lo cierto es que cuanto mayor sea este, más limitado será el (valioso y reivindicado por muchos) concepto de «normalidad»³⁰.

Es por ello que aquellas construcciones que para excluir (o atemperar) el castigo del excluido se enfrentan a la idea de que este sea plenamente imputable se topan con este importante riesgo de «estigmatización»³¹. Un riesgo de esta clase se encuentra especialmente presente, en mi opinión, en la construcción de SÁNCHEZ DAFAUCE, para quien «en casos de desprotección social, el autor que no ha visto protegido por el Estado un determinado bien jurídico carece de la comprensión

la prisión perpetua, revisable o no) no lo serían. De este modo, resulta necesario destacar que «algunas penas» son, desde la perspectiva del reconocimiento, un bien, pero que no «cualquier pena» lo es.

²⁸ Vid., al respecto, PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la inimputabilidad del peligroso*, 2021, p. 300.

²⁹ Tal y como se recoge en el «Acta de la discusión de la séptima sesión» de los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York (de fecha 18 de enero de 2006), asociaciones de derechos de personas con discapacidad defendieron que «los Estados parte deberían asegurar que, en sus leyes relacionadas con responsabilidad civil y penal, la discapacidad no debería por sí misma constituir el fundamento de la exención de responsabilidad». Para más información acerca de cómo puede afectar este instrumento al estatus jurídico de la persona con discapacidad, vid. PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, 2021, *passim*.

³⁰ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la inimputabilidad del peligroso*, 2021, p. 282. En una línea similar, CASTILLO ARA, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht. Eine vergleichende Analyse des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, 2019, pp. 172, 197, ha considerado inadecuado reconducir el problema de la «defensa cultural» a la inimputabilidad por el riesgo de patologización que esta solución comporta.

³¹ Es cierto, como señala CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 291, que «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 transitoria». Esta misma idea la desarrolla de una manera excelente MARTÍNEZ GARAY, *La inimputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, pp. 72-74. En cualquier caso, creo que, por distintas razones, tales argumentos sirven solo para «matizar» el riesgo de estigmatización, y no para excluirlo. Por razón de espacio no puedo extenderme en este punto, me remito a PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la inimputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 279-282.

adecuada del sentido de su conducta»³². Su planteamiento, muy sugerente, partiría de que es preciso dar acomodo en la categoría de la culpabilidad al principio de igualdad (idea que comparto) y que tal principio debería conducir a considerar para el excluido «menos asequible» el contenido de las normas penales³³, algo de lo que, por el contrario, me distancio. En una línea similar, ha sostenido recientemente BENITO SÁNCHEZ que «en determinados contextos de exclusión social puede que la persona no haya tenido acceso al conocimiento de los valores que subyacen a las normas penales, precisamente, por su situación de aislamiento sociocultural, no voluntario. En consecuencia, su motivación por la norma penal será difícil o imposible, lo que habrá de llevar a afirmar su inimputabilidad»³⁴. A este planteamiento alcanza también la objeción apuntada.

El enormemente estimulante trabajo de CIGÜELA SOLA es menos permeable a esta crítica³⁵, pero esta también lo alcanza, aunque sea en menor medida. El autor pone en primer plano la idea de la «lucha por el reconocimiento» del excluido. Así, indica que en el origen del delito del excluido no nos encontramos solo ante una «motivación egoísta y destructiva sino posiblemente también ante una expectativa moralmente fundada de ser reconocido por otro y por la comunidad»³⁶. Más adelante, señala CIGÜELA SOLA que habría casos «en que la lucha por el *reconocimiento* de quien sufre marginación es legítima y por lo tanto merece *contención punitiva*»³⁷. Aunque inmediatamente discutiré este planteamiento en manifestaciones más concretas, se debe apuntar ya que si, como decía, la pena es una forma de reconocimiento³⁸, no es en absoluto evidente cómo la lucha legítima por el reconocimiento puede desembocar en refrenar una manifestación palmaria de este.

Decía que esta crítica alcanza en menor medida a CIGÜELA SOLA porque, como han hecho otros autores³⁹ (aunque de forma menos detallada), este reconduce la afectación sobre la responsabilidad del sujeto a la exigibilidad, no a la imputabilidad. Así, declara que «el armazón conceptual que permite sistematizar la excusa del excluido social más allá de los casos ya mencionados [error de prohibición y causas de justificación] lo proporciona la idea de

³² SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 263.

³³ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 218-258.

³⁴ BENITO SÁNCHEZ, «La alteración de la percepción: ¿eximente para delitos cometidos en contextos de exclusión social?», en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 148.

³⁵ En este sentido, me disculpo aquí del tratamiento que dispensé en este punto a la obra de CIGÜELA SOLA, (*Crimen y castigo del excluido social*) en mi trabajo PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 259. Es posible que allí incurriera, en algún punto, en la falacia del «hombre de paja» que antes criticaba cuando le achacaba al autor citado un gran peligro de estigmatización a su defensa de que existen «importantes correlaciones entre pobreza y desarrollo cerebral» (CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 139), pues él mismo se encarga de conjurar razonablemente ese riesgo al sostener que los excluidos sociales serían, en principio, imputables (pp. 139-140) y, concretamente, cuando manifiesta que «por lo general el sujeto excluido será imputable» y la inimputabilidad habrá de reservarse para casos extraordinarios (p. 292).

³⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 69. Aunque el planteamiento pueda ser algo idealista (no en balde, emerge en la discusión con las ideas de HEGEL y HONNETH) y el principal motivo del delito del hambriento sea el hambre y no una «expectativa de reconocimiento», coincido con CIGÜELA SOLA en su afirmación si con ella lo que se pretende es hacer una reconstrucción ideal del fenómeno.

³⁷ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 120.

³⁸ De manera muy clara sostienen COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semicitizens», *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, p. 66, que, desde una perspectiva simbólica, «el castigo del excluido reafirma su pertenencia a la comunidad».

³⁹ Así lo hacen, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 106-110; CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 363-405.

inexigibilidad»⁴⁰. Precisa con claridad más adelante: «en muchas de estas ocasiones el sujeto tenía la posibilidad de comportarse conforme a la norma, lo que ocurre es que la instancia de imputación no puede exigírselo legítimamente»⁴¹.

Como ya he tenido ocasión de sostener, sin embargo, renunciar a que la imputabilidad sea la categoría afectada para «llevar el problema a otra parte» (paradigmáticamente a la exigibilidad) no termina de solucionar el conflicto. La pregunta final a la que tiene que enfrentarse quien defiende esta clase de teorías es la de por qué no se debe castigar igual a estos sujetos y la respuesta, por una u otra fundamentación, debe ser siempre «porque son distintos»⁴². Así, la reconducción del problema a la exigibilidad parecería tratar de trasladarlo del sujeto al contexto. Sin embargo, cuando el contexto permanece estable a lo largo del tiempo (como sucede en este caso, de otra forma no estaríamos hablando del «excluido», cuya denominación, por cierto, pone ya el acento en el sujeto y no en el contexto) no está claro que ambos aspectos puedan sencillamente escindirse⁴³. Y es que, en definitiva, con independencia de a qué categoría dogmática se reconduzca tal proceder, el riesgo de estigmatización es real, pues las distintas categorías tienen, con alguna excepción que no viene ahora al caso, tanta repercusión intrasistemática como limitada influencia comunicativa para la sociedad⁴⁴.

Asumo que es cierto que un planteamiento como el que aquí hago pueda ser calificado de cínico. Resulta, así, que un sujeto que ha sido sistemáticamente excluido va a ser «incluido» solo para recibir un castigo⁴⁵. En este sentido, el propio CIGÜELA SOLA señala la existencia de una contradicción en este punto: «se les excluye para ser socializados, pero se les incluye para ser castigados»⁴⁶. De modo, en cierto sentido acertado, BEADE ha calificado esta idea como la tesis del «castigo inclusivo»⁴⁷. Con todo, el problema que comporta la contradicción apuntada no es tan grave como parece. En primer lugar, porque como ha señalado agudamente CASTELLVÍ MONSERRAT «una conducta contradictoria es, por definición, incoherente. Por ello, sostener que una actuación contradictoria es ilegítima por infringir una exigencia de coherencia resulta tautológico. Ante una afirmación de estas características surge inmediatamente la pregunta de ¿por qué una actuación legítima debe ser coherente?»⁴⁸. La explicación de la ilegitimidad debe ir más allá de la propia contradicción. En segundo lugar, y en relación con ello, porque si nos tomamos en serio que la pena es, en cierto sentido, un «bien» (y creo que CIGÜELA SOLA lo hace),

⁴⁰ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 323.

⁴¹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 332.

⁴² PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 259.

⁴³ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 259, n. 80.

⁴⁴ Probablemente sea a lo contrario a lo que, de manera elegante, se refiere CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 269, cuando manifiesta que «¿cómo podía siquiera pensarse en deslegitimar el castigo del excluido, si para ello era menester asemejarlos al grupo de los idiotas, los locos y los niños, de los que Hegel decía que no tenían la honra de ser considerados culpables? Gran parte de la dificultad para relacionar pobreza o exclusión y legitimidad de la pena se explica precisamente por la facilidad con la que hemos caído en esa trampa». El problema es, como creo que he dejado claro, que si existe tal «trampa» he caído en ella hasta el fondo, pues soy incapaz siquiera de reconocerla.

⁴⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 85.

⁴⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 226.

⁴⁷ BEADE, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, pp. 139 s.; idea que, en cualquier caso, no comparte plenamente, llegando a sostener que «contra aquellos defensores de esta tesis, creo que el castigo por una conducta que se origina en un incumplimiento del Estado tiene como única finalidad imponer un mayor grado de desigualdad» (p. 147).

⁴⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 344, n. 923.

la reclamación de coherencia en este punto se vuelve un sinsentido. Se expresaría del siguiente modo: «ya que me has excluido siempre, sigue haciéndolo». Si prestamos atención a otros ejemplos donde la condición de «bien» no está en disputa, la inconsistencia de la crítica de falta de coherencia resulta todavía más clara: «ya que no garantizaste el derecho a la vivienda de esta persona, no garantices su derecho a la salud, ¡sé coherente!».

3.4. Objeción al problema de la «contaminación» del sujeto que imputa

Como he señalado antes, existe un cualificadísimo conjunto de autores (de los que CASTELLVÍ MONSERRAT, CIGÜELA SOLA, LORCA, PÉREZ CEPEDA y SILVA SÁNCHEZ son destacados representantes en la discusión de habla hispana) que ha reorientado el problema de un modo muy sugerente⁴⁹. Para ellos la clave no reside en si el sujeto es o no responsable, sino en si el Estado puede responsabilizarlo legítimamente⁵⁰. La responsabilidad no se limita a que alguien responda por algo, sino a que alguien responda por algo *ante alguien*. En ocasiones, podría suceder que ese alguien ante el que hay que responder no estuviera legitimado para efectuar reproche alguno. En palabras de CASTELLVÍ MONSERRAT: «que algo sea reprochable es una condición necesaria, pero no una condición suficiente para el reproche»⁵¹. O en las de SILVA SÁNCHEZ: «la constatación de la existencia de un principio de libertad moral en el agente es condición necesaria para dirigirle a éste una atribución de responsabilidad que se asocie a un “reproche merecido”. Pero no es condición suficiente»⁵². Sería necesario, además, que quien quiere hacer efectiva la responsabilidad tuviera la legitimidad necesaria para hacerlo. En las atinadas palabras de LORCA: «el castigo debe tener lugar en un contexto de autoridad legítima (*authority*) de cara a constituir una práctica de justicia y legalidad en lugar de nuda fuerza»⁵³. También PÉREZ CEPEDA, recientemente, ha considerado necesario distinguir los casos en los que la responsabilidad del

⁴⁹ En cierta medida, no sería injusto calificar el trabajo de ROBLES PLANAS, «Caso del *Leinenfänger*», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, como precursor de parte de estas ideas. En dicho texto señaló que «la esencia de la doctrina de la inexigibilidad» residiría en que «un Estado en tanto que comunidad que impone coactivamente sus normas básicas de convivencia no puede hacerlo contradiciéndose, esto es, pretendiendo el respeto de las mismas sin otorgar posibilidades de cumplimiento alternativas que no resulten vitalmente lesivas para sus destinatarios» (p. 127).

⁵⁰ Desde una perspectiva algo distinta (en particular en lo relativo a las fuentes de las que bebe), también HORMAZÁBAL MALARÉE, «Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 505, podría ser incluido junto a estos autores cuando sostiene, de modo muy sugerente, que «el problema penal es un problema esencialmente político desde la creación de la norma hasta su aplicación» y que de lo que se trataría es de «invertir el planteamiento del problema de la culpabilidad: no es la persona la que tiene que demostrar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma, sino el Estado el que tiene que demostrar que a esa persona concreta le podía exigir un comportamiento conforme a la norma». Más adelante complementa tal idea defendiendo que «el Estado no está legitimado de modo general para exigir responsabilidad, sino que debe legitimarse en cada caso respecto de cada individuo en concreto. En esta legitimación ha de entrar a considerar la forma en que se han distribuido los bienes sociales y la responsabilidad que pueda llegar a tener en una distribución desigual de estos respecto del individuo en concreto» (p. 509). Vid., para un desarrollo actualizado de tales planteamientos, OLLÉ SESÉ, «El acusado víctima de aporofobia: culpabilidad y proceso penal», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 110-122. Por otra parte, recientemente OTERO GONZÁLEZ, *Culpabilidad y delincuentes peligrosos: las medidas de seguridad postpenitenciarias como respuesta*, 2021, pp. 134 s., parece adherirse a la tesis de CIGÜELA SOLA, por lo que también podría ser incluida aquí.

⁵¹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 365.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 715.

⁵³ LORCA, «Punishing the Poor and the Limits of Legality», *Law, Culture and the Humanities*, (18-2), 2022, p. 17. Esta conexión con el principio de legalidad (y los problemas que desde esta perspectiva emergen) suele ser pasada por alto. Por ello, resulta especialmente interesante la perspectiva de LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 63, cuando considera que el problema de la eventual ilegitimidad del sistema penal frente al ciudadano excluido constituye un «reto» al que hoy se enfrenta el principio de legalidad.

Estado afecta a la «obligatoriedad de las normas» de aquellos otros en los que se afecta a la propia «autoridad del Estado» para castigar⁵⁴.

Según estos autores, que siguen (con las excepciones de LORCA y PÉREZ CEPEDA) en este punto algunos postulados bastante asentados procedentes de la filosofía moral⁵⁵, cabrían (al menos) tres objeciones distintas por las que un sujeto (o el Estado) no podría responsabilizar a alguien que, efectivamente, ha cometido de modo responsable una infracción. Aunque las denominaciones tienden a cambiar un poco de autor en autor, seguiré aquí a CASTELLVÍ MONSERRAT, cuya exposición, especialmente desarrollada, me parece brillante. Estas objeciones serían: la objeción de la comunidad, la objeción de la hipocresía y la objeción de la complicidad⁵⁶. Sirviéndome de ejemplos del autor citado, la objeción de la comunidad haría que, pongamos por caso, «el Estado de Chile no pued[a] reprochar legítimamente a un ciudadano español un delito de hurto cometido en España» (falta entre ellos un vínculo suficiente)⁵⁷. La objeción de la hipocresía haría que «el miembro más impuntual del grupo de amigos difícilmente podrá reprocharle legítimamente a otro que haya llegado tarde a una reunión»⁵⁸. La objeción de la complicidad, por su parte, daría lugar a que quien promueve la infidelidad de un amigo difícilmente pueda reprocharle luego sus actos⁵⁹. Trasladada la cuestión al caso del excluido social (y simplificando demasiado): el Estado no podría castigar a quien ha excluido antes de su comunidad, ante aquellos delitos sobre los que se ha mostrado hipócrita o a aquellos sujetos a cuyos delitos ha contribuido. Como se aprecia rápidamente estos tres argumentos resultan enormemente intuitivos y, en apariencia, muy sólidos.

El debate acerca de estas cuestiones es enormemente complejo. Por ello, me remito a la consulta de cualquiera de los trabajos citados, que abordan la cuestión en mucha más profundidad de la que yo puedo ofrecer ahora. Me limitaré a continuación a efectuar únicamente tres observaciones críticas.

Para la primera observación me serviré de un ejemplo que CASTELLVÍ MONSERRAT utiliza reiteradamente en su trabajo: el «amigo impuntual»⁶⁰. El ejemplo se resume del siguiente modo: en un grupo de amigos hay uno de ellos que es sistemáticamente impuntual en sus reuniones, casualmente un (único) día él es puntual y otro miembro del grupo, que siempre está listo a la hora convenida, se retrasa. Seguramente sea cierto que, en el plano moral, el impuntual crónico

⁵⁴ PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 48.

⁵⁵ Ya en sí mismo sería cuestionable hasta qué punto son trasladables los razonamientos ofrecidos por la filosofía moral (pensados para relaciones de corte moral interpersonales) al Derecho penal (relación jurídica Estado-individuo). Esta cuestión, salvo error por mi parte, no es tratada por los autores, que se limitan a llevar a cabo tal traslación (una notable excepción la constituye LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, p. 150, que, precisamente, califica como una «premisa errada» la de considerar que «la relación moral es análoga a la relación política»). Por cuestiones de espacio no puedo entretenerme ahora en este punto, pero no quiero dejar de manifestar que, en mi opinión, la corrección de esta traslación no es tan evidente como parece. Que un Derecho penal debe respetar determinadas pautas morales para ser legítimo, parece obvio. Que el Derecho penal deba ser la juridificación de la filosofía moral no me parece, sin embargo, tan claro. Quizás en un futuro pueda abordar esta cuestión como se merece.

⁵⁶ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 366-388.

⁵⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 367.

⁵⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 371.

⁵⁹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 378.

⁶⁰ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 367, 371, 372.

nada puede decirle al incumplidor puntual. Sin embargo, si el ejemplo se modifica ligeramente y se introduce el hecho de que entre los amigos tienen el acuerdo de que el que llega tarde paga la cena y el incumplidor crónico siempre ha asumido el pago tal y como le correspondía, la respuesta cambia un poco. ¿No podría acaso, después de tantas cenas pagadas, exigir que para un día que no es él el que debe pagar se cumpla lo convenido (como siempre)? El ejemplo original nos acerca claramente al ámbito de la moralidad, pero este pequeño cambio lo «juridifica» y pone, precisamente, en tensión las conclusiones obtenidas⁶¹. Es cierto, en cualquier caso, que esta crítica se orienta en esencia a la objeción de la hipocresía que es, precisamente, la que los autores reconocen como más «débil» en relación con el excluido social⁶². Pero sirve para poner de manifiesto que la equiparación responsabilidad moral-responsabilidad jurídica no es tan clara como muchas veces se pretende.

⁶¹ Es preciso apuntar, en cualquier caso, que el propio CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, ha salido al paso de esta crítica con un razonamiento que podría resumirse en la idea de que este contraejemplo «no “juridifica” el reproche, sino que lo convierte en una tasa» y que el derecho de exigir el pago de la tasa, por supuesto, existiría, pero no el de reprochar nada al sujeto incumplidor (se trataría de dos cosas completamente independientes). En primer lugar, no tiene sentido que me empeñe ahora en discutir acerca de si las modificaciones que propongo juridifican «en sentido estricto» el ejemplo. El uso de las comillas que hago evidencia, creo, que no hablo de una juridificación en sentido estricto. Quizás fuera más apropiado señalar que la reformulación del ejemplo «formaliza» (en lugar de «juridifica») la resolución del conflicto, pero eso en nada altera que esos cambios convierten en menos evidentes las conclusiones alcanzadas por el autor citado en lo que a la atribución de responsabilidad se refiere. En segundo lugar, y esto es ya más importante, no veo claro que le acompañe la razón a CASTELLVÍ MONSERRAT cuando (de nuevo, simplificando, puede que en exceso, sus argumentos) defiende que el pago de la cena se convierta en una tasa. Señala, así, que «la razón por la que el incumplidor crónico puede exigir que se pague lo convenido sin problema alguno es que, al hacerlo, no está reprochando nada»; al ponerse precio al incumplimiento, la conducta dejaría de ser reputada incorrecta. Sería esta la razón por la que «en el (contra)ejemplo planteado, la objeción de la hipocresía no funciona: porque dicha objeción solamente niega la legitimidad de un sujeto «para reprochar» (y no para exigir lo debido)». Entramos, así, en las oscuras aguas de cómo delimitar una tasa (un precio) de un castigo (una pena). Comparto buena parte de las razones que CASTELLVÍ MONSERRAT expone en su trabajo acerca de cómo, en ocasiones, la naturaleza de una relación puede mutar como consecuencia de establecer algo que pueda ser concebido como el pago a un incumplimiento. Ahora bien, la distinción resulta muy clara en casos sencillos e impracticable en cualquier otro. ¿De veras muchas sanciones (o, incluso, penas) no funcionan como «precios» en la práctica? Toda una disciplina (el análisis económico del Derecho) apunta en esa dirección. Ya antes, y en mi opinión con mejores razones, la teoría «feuerbachiana» de la pena podría dar argumentos en ese sentido (si la pena ha de ser un contraestímulo para los sentidos superior al estímulo que el placer del delito reporta, ¿no es eso muy parecido a decir que la pena debe ser un precio que no se quiera pagar?). A este tipo de planteamientos se suele oponer, y lo hace también el propio CASTELLVÍ MONSERRAT, que las penas no son precios porque el Estado tiene la posibilidad de impedirte llevar a cabo el delito incluso aunque estés dispuesto a asumir la pena (se trata de algo incorrecto e indebido, incluso aunque alguien esté dispuesto a pagar el precio). En palabras del autor citado: «si un policía se encuentra con alguien que está a punto de disparar a otro y, al verlo, le dice “déjame apretar el gatillo, pues estoy dispuesto a asumir la pena de homicidio consumado”, la reacción del policía no consistiría en esperar y asegurarse que después cumpla dicha pena, sino en abalanzarse sobre él e impedir que pueda ejecutar su decisión». La diferencia entre un precio y una sanción sería, entonces, que uno tiene derecho a llevar a cabo la acción en el primer caso, pero no en el segundo. El reproche, por otro lado, cabría solo en este último. Ahora bien, y cerrando ya este pequeño excurso, ¿el amigo que ha sido puntual no tiene derecho a «meter prisa» (esto es: tratar de evitar el incumplimiento) al impuntual por el mero hecho de que vaya a pagar una cena? ¿No puede llamarle por teléfono e insistirle en que no «debe» hacerle esperar por mucho que pague lo convenido? Si la respuesta es que sí tiene derecho a tratar de evitar la espera por mucho que luego vaya a ser «compensado», parece que hablamos de una conducta (la de la impuntualidad) indebida y que el pago de la cena no es, entonces, un precio, sino una sanción. Por último, y desde la propia óptica del pensamiento de la hipocresía, si el impuntual llega una hora tarde a la cena y aquel con quien iba a compartirla ya no está (se marchó ofendido), ¿puede el primero reprocharle al segundo su conducta (haberse ido) habida cuenta de que iba a «pagar el precio» de su retraso?

⁶² Vid., por ejemplo, CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 398-399; BEADE, *Isonomía*, (47), 2017, p. 146; RIVERA LÓPEZ, «Castigo penal, injusticia social y autoridad moral», *Análisis Filosófico*, (35), 2015, p. 175; y TADROS, «Poverty and Criminal Responsibility», *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 393.

La segunda observación tiene que ver con la objeción de la comunidad y la expondré brevemente. Se dice que la pertenencia a una misma comunidad es presupuesto de la atribución de responsabilidad y que la pertenencia a la comunidad tiene un componente de reciprocidad⁶³. Cuando un sujeto es excluido de la comunidad (porque esta ha incumplido su parte en la relación recíproca), no puede ser responsabilizado por la misma comunidad que lo expulsó: no es parte de ella⁶⁴. De nuevo, en palabras de CASTELLVÍ MONSERRAT se entiende mejor: «si una persona se distancia de un determinado grupo de amigos —rechazando sus invitaciones, desatendiendo sus compromisos, etc.— luego no estará en condiciones de reprochar una conducta que solamente sea asunto de esa comunidad»⁶⁵. El problema es que, llegados a ese punto, ¡tampoco los amigos podrán reprocharle nada a él! La pertenencia, o no, a una misma comunidad es una cuestión bilateral: o bien dos entidades son parte de lo mismo, o no lo son. El problema con el argumento de la comunidad es que podría ser de ida y vuelta⁶⁶: el Estado ya no podría reprochar al excluido, pero, entonces, ¡tampoco el excluido podría reprocharle a él! No podría, por ejemplo, reclamarle (salvo que se justifique en algo distinto a la mera pertenencia a la comunidad) que se satisfaga

⁶³ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 369.

⁶⁴ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 370.

⁶⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 370.

⁶⁶ En alguna ocasión he sostenido que esta idea de la «reversibilidad del argumento» podría aplicarse también, aunque «en un sentido algo distinto», al que se sustenta en la noción de hipocresía. Resumido el planteamiento sería algo así como lo siguiente: ¿por qué la idea de hipocresía se aplica solo al Estado que incumple su parte y no al ciudadano que delinque (y, en consecuencia, ha incumplido la suya)? Defendía que el mismo principio que hacía que el Estado no pudiera reprochar al autor del delito haría que el autor de un delito (frente al que, a su vez, no haya una manifestación inicial de hipocresía por parte del Estado) no pudiera reprochar al Estado ulteriores tratos injustificados (por ejemplo, no podría recurrir la indebida aplicación de una circunstancia agravante), ¿no sería, entonces, hipócrita el autor del delito que manifestó que no se sentía vinculado por sus acuerdos con el Estado? Parece que no podría, en la lógica del argumento de la hipocresía, exigir un trato justo por parte del Estado; es decir, no podría «quejarse» del trato recibido. CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, tiene toda la razón, sin embargo, cuando señala que esta crítica «solo afecta a una versión especialmente amplia de la objeción de la hipocresía (cualquier incumplimiento niega la legitimidad de cualquier reproche)» y, habida cuenta de que una postura de esta naturaleza apenas cuenta con defensores, estaría discutiendo (y estas son ya mis propias palabras) con un «hombre de paja». En cualquier caso, no deja de ser llamativo que CASTELLVÍ MONSERRAT atribuya a este defecto de mi postura un carácter secundario (creo, ciertamente, que es más bien demoledor) para centrarse en un argumento adicional al que parece conceder un carácter principal y que, sin embargo, no me parece convincente. Sostiene el citado autor que en el ejemplo que he descrito equiparo «indebidamente “queja” con “reproche”. La objeción de la hipocresía (al igual que el resto de objeciones) niega la legitimidad de un sujeto (por ejemplo, el Estado) para reprochar un acto (por ejemplo, un delito), pero, en todo caso, no cuestiona en absoluto su legitimidad para responder de otro modo al incumplimiento ajeno». En consecuencia, el sujeto del ejemplo que resulta indebidamente condenado con una circunstancia agravante que no concurre, «sí podría recurrir dicha condena, pues, aunque un recurso pueda ser interpretado como una “queja”, en ningún caso puede ser entendido como un “reproche”. En la reducción al absurdo planteada, lo único que el sujeto condenado no podría hacer legítimamente sería, en su caso, reprochar la prevaricación del juez». Efectivamente equiparo «queja» y «reproche», lo que no tengo claro es que lo haga «indebidamente». CASTELLVÍ MONSERRAT afirma que un recurso podrá ser entendido como una «queja», pero no como un «reproche». Pero no argumenta tal afirmación. Queda por responder precisamente por qué, en su caso, eso sería así. ¿Cuando alguien interpone un recurso frente a una resolución que considera injusta se queja del trato recibido, pero no reprocha al órgano que la dictó su decisión? Estaría de acuerdo, lógicamente, en que el sujeto condenado no podría castigar al juez que prevaricó (en su caso, eso sería competencia del Estado), pero no en que no pueda efectuarle un reproche. Creo que aquí es CASTELLVÍ MONSERRAT quien «equipara indebidamente» «reproche» y «castigo», lo que no deja de ser llamativo en quien extrae el concepto de «reproche» del mundo de la filosofía moral, un mundo, «en principio», sin castigos. En la filosofía moral el reproche estaría desligado del castigo, pero en su importación al Derecho penal no podría vivir sin él, hasta el punto de que un reproche sin castigo se convertiría en una mera «queja». En cualquier caso, y suponiendo que tenga sentido una distinción entre «queja» y «reproche» (lo que implicaría que hubiera quejas que no comportaran reproches o que existieran «reproches sin queja»), su delimitación resultaría extraordinariamente difícil. Las propias objeciones que CASTELLVÍ MONSERRAT opone a mi planteamiento ¿serían quejas, reproches, ambas cosas o ninguna?

su derecho a la salud. Si el argumento de la comunidad dice que el ordenamiento jurídico español no puede responsabilizar al excluido, como no podría responsabilizar a un señor de Memphis (Tennessee), de nacionalidad estadounidense y que jamás ha pisado suelo español, hemos de cuidarnos mucho de que el argumento no sea reversible y permita decirle tanto al excluido como a aquel señor de Memphis, «no tiene usted derecho a reclamarnos que le operemos de cataratas». En cierto sentido, la pertenencia a una comunidad no debería depender de la voluntad de sus partes: ni el Estado puede excluir a sus miembros, ni sus miembros pueden «excluirse» del Estado⁶⁷. Por supuesto, soy consciente de que el Estado puede tener deberes que vayan más allá de la idea de pertenencia a la comunidad, lo que sugiero es que resulta difícil sostener que alguien es ora incluido, ora excluido en la comunidad y que el argumento puede ser peligroso.

La tercera observación tiene que ver con el argumento de la complicidad (recordemos, no se podría reprochar aquello a lo que se contribuye). Ello inevitablemente recuerda a la «falacia *tu quoque*»: considerar falso un razonamiento en atención a la persona de la que este procede. Es cierto que no es exactamente eso lo que ocurre con dicho argumento aquí. Ningún autor sostiene que el delito cometido deje de ser delito por el hecho de que el Estado haya podido contribuir a él (ni siquiera, por lo general, que su autor deje de ser responsable), sino tan solo que el Estado no podrá responsabilizar al sujeto en cuestión, algo sustancialmente distinto. Aunque luego profundizaré en ello, para los defensores de la obligatoriedad heterónoma de la norma ello podría ser fácilmente asumible; sin embargo, para aquellos que, como yo mismo, partimos de un concepto de legitimidad de la pena esencialmente vinculado con la autonormación (resulta decisivo que el sujeto castigado haya sido parte, al menos potencial, en la génesis de la norma) esto ya no resulta tan evidente. Si soy responsable porque *yo* me he vinculado con la norma, no veo demasiado evidente por qué lo que *otro* haga puede obstaculizar que sea hecho responsable. Si, en el fondo, toda forma de responsabilidad es una responsabilidad ante uno mismo, lo que otros hagan no debería impedir que se hiciera valer mi «compromiso conmigo mismo». En este sentido, claro que la hipocresía o la complicidad hacen surgir un «nuevo» reproche al cómplice o hipócrita, pero este, en principio, no tendría por qué desvirtuar el reproche inicial⁶⁸.

En definitiva, no veo claro que siempre que el sujeto ante el que se ha de responder haya incumplido sus deberes quede «contaminado» y no pueda exigir responsabilidad alguna en relación con miembros con los que se encuentra vinculado.

⁶⁷ Que el ciudadano no puede autoexcluirse de la comunidad a la que pertenece lo ha explicado con perfecta claridad (al hilo de la discusión sobre el Derecho penal del enemigo) CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006, p. 133. Por otra parte, que el Estado no dispone de absoluta libertad para excluir a sus miembros lo evidencia el hecho de que no pueda, por ejemplo, retirar la nacionalidad a sus ciudadanos salvo casos excepcionalísimos (y de cuestionable legitimidad). Vid., sobre esto último, el luminoso trabajo de COCA VILA, «Our “Barbarians” at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, *passim*.

⁶⁸ En un sentido análogo, aunque por razones distintas, defiende LORCA, *Isonomía*, (47), 2017, p. 156, que «la naturaleza de la relación política vuelve inapropiado hablar de hipocresía o complicidad en el contexto de las relaciones con el Estado». Desarrolla esta idea en pp. 158-161. Su sugerente conclusión es que descartar los razonamientos de la filosofía moral en este punto «no quiere decir que no podamos criticar al Estado por sus inconsistencias y por la responsabilidad que le cabe respecto de la criminalidad que se produce en contextos de extrema pobreza (u otros). Sino más bien que el vocabulario indicado no es el de una relación moral interpersonal, sino el vocabulario propio de una relación involuntaria y asimétrica como la relación política, que corresponde a las categorías de autoridad, justicia y obligación política» (p. 161).

3.5. Objeción del Estado como ficción unitaria

La objeción anterior se relaciona estrechamente con la que será expuesta ahora y que será solo someramente esbozada. Los planteamientos de los autores a los que acabo de referirme parten de un presupuesto cuanto menos discutible: podemos imputar responsabilidad a un ente como el Estado concebido unitariamente.

No entraré ahora en la difícil cuestión de cómo imputar una específica intención al Estado, algo en absoluto sencillo⁶⁹. Me refiero, más bien, a que el Estado es una realidad compleja, que es representada por instituciones muy diferentes que no siempre empujan en una misma dirección o persiguen unos mismos objetivos políticos⁷⁰. RIVERA LÓPEZ, tras cuestionar la legitimidad del castigo al excluido social, expone de modo muy honesto esta posible objeción: «es discutible que los argumentos de pérdida de autoridad moral se puedan aplicar de manera idéntica en casos de autoridad individual y de autoridad colectiva. El estado es un agente colectivo, constituido por miles o millones de individuos. La pérdida de autoridad moral para reprochar o, en general, para castigar no es necesariamente homogénea, dado que la responsabilidad por haber producido la exclusión social que causa esa pérdida tampoco es igual en todos los miembros de la sociedad»⁷¹. Y es que, efectivamente, así es. De este modo, por ejemplo, ¿a qué llamamos «Estado» en un supuesto en el que un Ayuntamiento incumple flagrantemente sus deberes de protección social, pero la Comunidad Autónoma a la que pertenece cuenta con un programa de protección social modélico (o a la inversa)⁷²?

⁶⁹ LORCA, *Isonomía*, (47), 2017, p. 154.

⁷⁰ Resulta interesante la posición de CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, en este punto. Para este autor, que, desde luego, no desconoce la complejidad de la cuestión, «esta dificultad no resulta, ni mucho menos, insuperable». Es cierto que este problema no tiene por qué ser siempre irresoluble y, «en determinados casos», podría identificarse al Estado más allá de la maraña de instituciones que lo componen. Más problemático me parece, sin embargo, el ejemplo que emplea para aquilatar su postura: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así sostiene el autor citado: «las personas jurídicas también constituyen realidades complejas y, en todo caso, el hecho de que puedan existir tensiones entre sus órganos internos no impide que nuestro Código penal las considere (co)responsables de algunas infracciones penales». De tal modo, «la misma “ficción de la unidad” que permite responsabilizar a las personas jurídicas (a los efectos de imponer penas) también puede aplicarse al Estado (a efectos de deslegitimar dichas penas)». No procede profundizar en esto ahora, pero creo que hay dos diferencias relevantes entre la ficción de la unidad de la persona jurídica a efectos de legitimar una sanción y la ficción de la unidad del Estado a efectos de deslegitimarla. La primera es que no cualquier «parte» de la unidad va a poder legitimar la pena a la persona jurídica con su infracción (no, al menos, si algunas de sus partes han cumplido los específicos deberes que tienen encomendados), mientras que, en principio, la infracción de «cualquier parte del Estado» podría deslegitimar la pena. Se podría poner en duda esta afirmación llevando, en mi opinión, demasiado lejos un paralelismo entre los «órganos de cumplimiento» de la empresa y los del Estado (un ejemplo expresado sintéticamente: si el Estado persigue de modo efectivo la corrupción, podría castigar legítimamente los delitos del excluido conectados con la exclusión derivada de ella), pero, por razones que no procede exponer aquí, creo que sería inadecuado tal proceder. La segunda razón es que mientras que los deberes que deben satisfacer las personas jurídicas se hallan (o, al menos, así debería ser) suficientemente precisados, los deberes del Estado (y, correlativamente, sus infracciones) son no solo ambiguos e indeterminables, sino también objeto de una legítima disputa ideológica (vid., sobre los difusos deberes de protección estatales, la «objeción 10» de este trabajo). De tal modo, la ficción de la unidad en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parte de que «algunas» infracciones de «algunas» partes de la persona jurídica pueden imputarse al conjunto, mientras que en el caso del Estado «indefinidas» infracciones de «cualquiera» de sus partes podrían deslegitimar el castigo.

⁷¹ RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico*, (35), 2015, p. 182.

⁷² Recientemente CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, ha ensayado una respuesta que creo que es formalmente impoluta, pero difícilmente practicable: «lo relevante no sería la actuación de sus partes por separado, sino, más bien, su proyección conjunta», de tal suerte que «el Estado es (o, mejor, al Estado se le puede atribuir) la combinación de una protección social insuficiente a nivel local con otra extraordinaria a nivel autonómico (o al revés). La valoración sobre el carácter excluyente (y criminógeno) de dicha protección social dependerá, por tanto,

Todo esto resulta especialmente complicado cuando se asume como válido el argumento de la complicidad, antes expuesto, para legitimar la reducción del castigo del excluido social. Retornar a CASTELLVÍ MONSERRAT puede ser de gran utilidad para lo que ahora quiero exponer. Dicho autor, de manera muy original, ha mantenido que entre el delito del excluido y el delito provocado (el objeto central de su estudio) hay una importante semejanza: la objeción de la complicidad sería clave para ambos⁷³. Lo llamativo es que no expusiera, entonces, un tratamiento simétrico para los dos casos. A riesgo de simplificar demasiado, la tesis central de CASTELLVÍ MONSERRAT sería que en los casos de delito provocado (en los que una autoridad del Estado contribuye a que se cometa un delito) este solo podrá ser castigado cuando tal provocación se encuentre justificada o sea, a su vez, penalmente perseguida⁷⁴. Así, sería legítimo castigar al autor del delito provocado cuando se castiga también al provocador, en el entendido de que, de este modo, el Estado se «distancia» de la provocación. De ser eso cierto, ¿por qué no extrapolarlo al delito del excluido social? En mi opinión, el citado trabajo de CASTELLVÍ MONSERRAT no llevó su tesis hasta sus últimas consecuencias en lo que al excluido social se refiere (algo que, sin embargo, ha hecho recientemente⁷⁵). Es preciso admitir que el Estado sí podría castigar legítimamente al excluido cuando se desmarcase de tal exclusión⁷⁶. La respuesta hipotética no podría ser que «el Estado no puede desmarcarse de sí mismo» porque lo que estamos decidiendo ahora es, más bien, cuál es la posición del Estado. De nuevo, con un ejemplo se puede ver más claro: si el Estado castiga al político que malversa unos fondos destinados a fines sociales, ¿podría castigar a la persona que, por no recibir esos fondos, se ve forzada a cometer un delito de estafa de fluido eléctrico? Expresamente la respuesta de CASTELLVÍ MONSERRAT a esta pregunta es ya afirmativa⁷⁷, aunque desconozco cuál darían el resto de autores citados⁷⁸. En cualquier caso, ¿cuál sería el esfuerzo que habría de hacer el Estado (sea, a estos efectos, lo que sea el «Estado») para distanciarse de la

de ambos niveles. Es decir, dependerá de la protección social que un usuario (del municipio incumplidor) recibe conjuntamente de todas las instancias estatales». En cualquier caso, no creo que una formulación de esta naturaleza sea problemática solo por su difícil aplicación (al fin y al cabo, puede ser difícil de aplicar y ser, no obstante, lo único que podamos aplicar, por lo que habría que «conformarse» con ello). Además, creo que se podría estar perdiendo de vista un aspecto que dificulta todavía más la cuestión de quién es el Estado (o de qué se le puede atribuir) y es que se está valorando únicamente la protección social que se recibe y no otro factor que, si no estoy muy equivocado, también debería ser tomado en cuenta por parte de los partidarios de estas posturas: la intención (excluyente o inclusiva) del Estado. Podría suceder que una valoración global de la protección efectivamente recibida diera como resultado una valoración negativa, pero que una valoración global de la intención del Estado considerase esta como inclusiva y, en tal caso, habría que determinar qué debe suceder cuando un Estado excluye pretendiendo incluir (algo que aunque tenga una cierta resonancia a contradicción puede no serlo si partimos de la «naturaleza compleja» del Estado).

⁷³ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 392.

⁷⁴ Cristaliza el argumento en CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 415: «el Estado solo podrá expresar un reproche en estos casos cuando la actuación de sus funcionarios se encuentre, o bien prohibida, o bien justificada. En el primer caso, la prohibición (penal) permitiría desvincular la voluntad del Estado de la actuación del funcionario. En el segundo, las razones que justifican su intervención tornarían compatible el favorecimiento de la conducta delictiva con la voluntad de que esta no se hubiera llevado a cabo».

⁷⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, *passim*.

⁷⁶ A este punto ya llegaba, aunque en mi opinión de modo excesivamente ambicioso, TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 410, cuando indicaba que se podría aceptar la responsabilidad del excluido por sus delitos si el Estado generase la expectativa de que no seguiría contribuyendo a la comisión de estos con políticas económicas criminógenas.

⁷⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa.

⁷⁸ A todo ello habría que añadir también la cuestión de si no estaría «justificada» la exclusión social producida por unas políticas públicas desarrolladas por unos representantes políticos democráticamente elegidos. En ello no puedo entrar ahora, pero si la respuesta fuera afirmativa, de nuevo, desde la lógica de la complicidad sostenida por CASTELLVÍ MONSERRAT, el castigo debería ser completamente legítimo.

exclusión? Este es un extremo, en mi opinión, insuficientemente aclarado por las diversas construcciones que se han ofrecido hasta ahora.

3.6. Objeción de la limitación de los delitos por los que se podría exonerar al excluido

Otro aspecto potencialmente polémico sobre el que apenas me detendré ahora es el del carácter excepcional que, por unas u otras razones, casi todos los autores que se han ocupado del tema confieren a determinados delitos. En los razonamientos que se exponen acerca de por qué habría que excluir (o atemperar) el castigo del excluido social, la doctrina tiende a señalar que habría algunas excepciones (delitos por los que, en todo caso, responderían también los excluidos sociales y que generalmente son aquellos que implican violencia o atentados contra bienes jurídicos individuales especialmente importantes)⁷⁹.

Esta objeción se vincula a las dos anteriores. Dejaré de lado ahora la idea de que la división entre unos delitos y otros inevitablemente despierta un cierto recelo de iusnaturalismo (de nuevo, la idea de que hay unos delitos *mala in se* y otros *mala quia prohibita*, se les llame así o de otro modo y esté su existencia más o menos justificada)⁸⁰. Sucede, sin embargo, que no deja de resultar llamativo que se despliegue un esfuerzo tan convincente para explicar que no es lo mismo la propia imputación (y su objeto) que las condiciones que se han de hallar presentes en el sujeto que imputa para que, después, resulte que en función de lo imputado puedan ser irrelevantes las condiciones del sujeto que imputa⁸¹. Es decir, se insiste en que la responsabilidad tiene un «componente relacional» (se responde «ante» alguien), pero solo para aquellos delitos menos graves (y menos penados). Para los delitos (y penas) más graves esta exigencia no sería precisa,

⁷⁹ Vid., especialmente, TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 395; SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 264; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 68-71; y CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 193, 197-202.

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 68-71, habla directamente de la infracción de «deberes naturales» frente a la infracción de «obligaciones adquiridas», lo que, desde luego, encaja sin fricciones en sus sólidas bases teóricas jurídico-políticas, que pueden, sin embargo, no ser compartidas. Recientemente ha desarrollado esta idea con gran claridad el propio SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta», en DE VICENTE MARTÍNEZ, et al. (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, pp. 714 s., al sostener que «en relación con ellos [los delitos naturales], que son delitos dolosos de violencia explícita o implícita, las normas son ciertamente categóricas e incondicionadas. Pero no porque el Estado pueda atribuirles esa condición, sino porque la tienen sustancialmente. Son hechos que lesionan la moralidad elemental que rige la relación interpersonal pre-política, es decir que quiebran el vínculo de humanidad del que se deriva el deber de respeto a la dignidad de uno mismo y del otro, un deber natural para todos (...) El reproche que dirige el Estado – por delegación de la humanidad – no es jurídico-estatal, sino moral-universal». CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 198, por su parte, de un modo terminológicamente menos conflictivo, pero sustancialmente muy parecido, habla de «deberes conectados a la noción de dignidad humana o de personalidad», por un lado, y de «deberes conectados con la noción de ciudadanía», por otro. Tampoco en él hay contradicción alguna. Cuestión distinta será que se compartan, o no, sus premisas.

⁸¹ Coincido plenamente, por ello, con lo señalado con claridad por IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret*, (1), 2021, p. 243, cuando sostiene que «detrás de este razonamiento se esconde, pese a la separación que anuncia SILVA SÁNCHEZ entre culpabilidad y legitimidad política del castigo, una identificación del segundo elemento con el primero». Luego, en n. 75, aclara: «me refiero a la idea intuitiva que, en el caso de delitos como el homicidio o la violación (*mala in se* violentos), no importa quién castiga al autor, porque este normalmente pudo reconocer que cometía un injusto, y por ende actuar de otra manera». Este autor, de modo coherente, sostendrá después que «el supuesto carácter “natural” del injusto no puede ser un reemplazo funcional a la relación de ciudadanía, que permita una legitimación suficiente de la pena frente al afectado por ella» (p. 245). Así, han señalado COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1) 2021, p. 59, en relación con ello, que SILVA SÁNCHEZ «concibe al potencial sujeto de castigo como un agente moral integrado en una comunidad universal y vinculado por deberes prepolíticos». Todo lo dicho, en cierta medida, resulta de aplicación también, lógicamente, a aquellos autores que se encuentran próximos a sus postulados.

de manera que exigimos, en cierto sentido, mayores cotas de legitimidad para imponer penas «menores» que para imponer las penas más graves. Resulta algo contraintuitivo⁸². Existiría lo que CIGÜELA SOLA ha denominado como un «residuo cuasi-incondicional de potestad punitiva» en relación con esos delitos que contravienen las «condiciones básicas de la existencia»⁸³. Es decir, casos en los que bastaría la constatación del delito y la responsabilidad del autor para imponer un castigo, sin necesidad de vínculo adicional alguno. Así, «la legitimidad del Estado para castigar un delito se ve afectada sólo respecto de aquellos comportamientos que están conectados objetivamente con la situación excluyente o con el vicio moral producido o tolerado por el propio agente de imputación»⁸⁴. Sin embargo, parece que hay exclusión (y, por tanto, no hay vínculo para imputar) o no la hay (y existe tal vínculo), pero no veo la razón para que el sujeto que pertenece a otra comunidad (como aquel señor de Memphis del que hablaba) pueda ser hecho responsable por tales delitos por «nuestra» comunidad⁸⁵. En este sentido, creo que sería más coherente, aunque no lo comparta, el planteamiento de PÉREZ CEPEDA cuando sostiene que «se trata de valorar cuándo el delito, cualquier delito, es expresión o producto de la exclusión económica grave e injusta»⁸⁶.

Estaría de acuerdo, desde la antes descrita objeción de la complicidad, en que el Estado no es cómplice de cualquier delito y, en consecuencia, no tiene tacha de ilegitimidad alguna con respecto a determinados delitos, aunque la tenga en relación con otros⁸⁷. Me parece más difícil sostener, sin embargo, desde la óptica del argumento de la comunidad que alguien que no pertenece a ella pueda ser castigado sin que eso suponga una completa relativización del «componente relacional» al que nos referimos. Se deja de hablar de quién imputa para hablar de qué se imputa. Se pasa del plano de lo que se han denominado «condiciones externas de la imputación» (o «pre-condiciones») para hablar directamente de las «condiciones internas»⁸⁸.

⁸² Soy consciente de que la explicación podría consistir en que la legitimidad del castigo de los delitos más graves bebe de otras fuentes (paradigmáticamente de la existencia de «obligaciones naturales»), pero ello es algo que requiere una explicación mayor de la que se tiende a ofrecer, pues, en definitiva, supone que el Estado más despótico (aquel, incluso, para el que pudiera llegar a justificarse el tiranicidio) puede legítimamente (?) castigar el homicidio. La tensión con el «componente relacional» de la responsabilidad parece evidente, en cualquier caso.

⁸³ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 261.

⁸⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 265.

⁸⁵ En cierto sentido, conecta con esta objeción la que recientemente ha formulado CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, al señalar que, aunque ciertamente pueda hablarse de una «comunidad humana», por un lado, y una «comunidad de ciudadanos», por otro, hemos de tener cuidado de no «hipertrofiar» (estas son mis palabras) la primera de ellas. Así, «los delitos que son asunto de dicha comunidad [la humana] (o que el Estado puede reprochar por delegación de ella) deberían ser los propios de la jurisdicción universal. Es decir, aquellos delitos que un Estado puede castigar aunque carezca de cualquier clase de vínculo con su autor. Solamente dichos delitos pueden generar responsabilidad ante un Estado desvinculado del autor y, por tanto, solamente dichos delitos deberían generar una responsabilidad independiente del vínculo de ciudadanía (y de su ruptura). Teniendo en cuenta que la mayoría de los *mala in se* no son susceptibles de persecución universal, emplear dicha categoría para limitar la relevancia de la ciudadanía (y de su exclusión) me parece inadecuado. El Estado español no puede [y seguramente tampoco *debe*] castigar a cualquier extranjero que cometa un robo con intimidación en otro país y, por ello, no puede afirmarse que el vínculo de ciudadanía (y su ruptura) es irrelevante para sancionar dicho delito».

⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 52.

⁸⁷ RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico*, (35), 2015, pp. 172 s., requiere una «conexión relevante» entre el delito cometido y la exclusión padecida. En sentido próximo, sostiene CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 400-402, que el «argumento de la complicidad» hace que no se pueda castigar por el delito en el que se participa, pero no obsta a que se sancionen otros.

⁸⁸ Vid., sobre esta terminología, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 170-173. Las primeras se referirían al sujeto que imputa y las segundas al sujeto al que se le imputará un delito.

Todo esto pone de relieve lo problemático de la distinción: no podemos ver si quien imputa lo hace de modo legítimo sin saber antes qué es lo que va a imputar.

3.7. Objeción a la heteronormación como fuente de legitimación del Derecho penal

También me suscita dudas uno de los presupuestos sobre los que alguna de las construcciones ya comentadas (particularmente la de SILVA SÁNCHEZ) articula, en parte, la exoneración o disminución de la pena del excluido: la idea de que las normas se legitiman por la protección que ofrecen a los ciudadanos a los que apelan y no (fundamentalmente) por la participación de estos en su elaboración democrática⁸⁹.

Así, SILVA SÁNCHEZ opta, con algunos argumentos ciertamente sólidos, por rechazar aquellas teorías que fundamentan la legitimación del castigo por la vía de la autonormación (esto es, por la posibilidad de participación en la conformación de la norma de su propio destinatario)⁹⁰. De este modo, propone admitir la naturaleza heterónoma de la autoridad normativa y buscar la forma de legitimarla⁹¹. El citado autor parece encontrar esta vía en la idea de que las normas deben proteger a sus destinatarios⁹². Así, explica, «si el ordenamiento protege a un sujeto en términos de igualdad con los demás, entonces dicho sujeto se halla vinculado al referido ordenamiento y su vulneración de éste, presupuesta la libertad moral, constituye la deslealtad que permite el reproche y la pena»⁹³.

Creo, sin embargo, que es preferible el enfoque contrario. Suscribo plenamente las palabras de MARTÍN LORENZO cuando señala que «en una sociedad secularizada y pluralista (...) la fuente de legitimación general es el reconocimiento que le prestan los sujetos [al procedimiento democrático]; el reconocimiento de todos obliga a buscar un consenso»⁹⁴.

Considero que el núcleo de la legitimación de la pena reside, por varias razones, en la idea de autonormación⁹⁵. En primer lugar, porque la vinculación por la participación (real o potencial)

⁸⁹ En principio, si se adopta la perspectiva de la heteronormación es más fácil justificar la atemperación de castigo del excluido que si se adopta la de la autonormación. Mientras que cualquier versión de la primera tendría que aceptar que la realidad evidencia que hay personas desprotegidas y respecto de las cuales existe un déficit de legitimidad, la segunda puede sostener que la legitimidad se basa en la «posibilidad» (reconocida jurídicamente) de participación política y no en su efectivo ejercicio.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 717-719.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 719.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 720. También apunta en esta dirección FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*, 2020, pp. 329 s.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 721.

⁹⁴ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, p. 287.

⁹⁵ Ello no me impide (y creo que sin contradicción alguna) compartir, por ejemplo, que «no se entiende muy bien por qué el Estado democrático, al decidir “resolver desacuerdos sociales” tipificando determinada conducta, pasa a tener por ello la potestad de dirigir un reproche (o de avergonzar) a quien la lleva a cabo» (SILVA SÁNCHEZ, en DE VICENTE MARTÍNEZ, *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, p. 712). Tampoco me impone rechazar que «la democracia, como forma de resolución provisional de desacuerdos, debe ser escéptica con respecto a sí misma. Parece claro que quien es castigado por una ley democrática conforme a la respectiva Constitución no tiene “derecho a quejarse”, porque hay que cumplir las reglas de los juegos, siempre que estas sean limpias (*fair play*). Pero una cuestión distinta es el reproche dirigido al disidente» (SILVA SÁNCHEZ, en DE VICENTE MARTÍNEZ, *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, p. 714). Acepto,

en el proceso legislativo pone de relieve el carácter contingente de los juicios de valor contenidos en las normas y la trascendencia del ciudadano como decisor de estos juicios de valor (realza la dimensión democrática del Derecho). En segundo lugar, porque, de un modo u otro, asocia vinculación con consentimiento y es esta una ligazón tan intuitiva como teóricamente fuerte. Nadie discute que un auténtico consentimiento ha de tener, al menos, alguna relevancia a la hora de hablar de la legitimidad de las instituciones que nos vinculan. Y, en tercer lugar, porque el modelo de la autonormación es válido para fundamentar la vinculación también de aquellos sujetos que niegan el contenido axiológico de la norma e, incluso, del procedimiento. La norma no vincula así por lo que es, sino por cómo es (por su proceso, en sí mismo considerado, y no por su contenido). Pretender que el contenido valioso de una norma vincule a sus destinatarios por su valor intrínseco no hace que la norma sea sentida como propia, ni tampoco que se reconozca legitimidad alguna a su emisor (incluso cuando se comparta su contenido).

En cualquier caso, es cierto que la «legitimación por protección» ha de tener un cierto peso. Seguramente sea una concepción demasiado liberal aquella que considera que solo nuestro consentimiento nos obliga. Eso no es cierto. El mundo de los deberes (especialmente éticos, quizás no tanto de los jurídicos) es más complejo. De hecho, tenemos deberes incluso antes de tener capacidad para consentir. Desde luego, si bajando las escaleras del metro tropiezo y, justo antes de perder los dientes como consecuencia del impacto contra un escalón, alguien me sujeta y lo evita, tengo con él, sin duda, una *deuda de agradecimiento*. Si me marchó de allí sin agradecer el gesto, mi salvador tendrá derecho a reprocharme mi actitud. En este ejemplo, mi consentimiento, mi voluntad, no ha desempeñado papel alguno (salvo que se considere que hay un consentimiento hipotético con respecto a la acción salvadora).

Sin embargo, en el siguiente ejemplo la cosa cambia. Si una mujer patinando por un parque pierde el equilibrio y está a punto de caer, en principio, tendremos que entender que sucede lo mismo si una desconocida le evita el golpe: habrá un deber de agradecimiento. No obstante, si antes de que la desconocida la alcance, la patinadora dice «no me toques, por favor», porque, por ejemplo, está aprendiendo a patinar y está dispuesta a asumir el golpe a cambio de tener la oportunidad de reencontrar el equilibrio, la patinadora podrá reprochar a la desconocida que no le haga caso y la sujete. No cabría, como se ve bien aquí, una legitimación de protección *frente a la voluntad del sujeto protegido*⁹⁶. Si cabe «sin» su voluntad es porque se entiende que en caso de

igualmente, que «el Estado secular democrático puede imponer y coaccionar. Pero no adquiere, en virtud de la decisión de criminalizar una conducta, la facultad metafísica de transformar una infracción del orden estatal en un *malum*. Si es secular, no debería pretender ni ser Dios ni usurpar nuestra conciencia» (SILVA SÁNCHEZ, en DE VICENTE MARTÍNEZ, *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, pp. 715 s.). Efectivamente, no hay ninguna ganancia en términos de «desmoralización» del Derecho con la pretendida, en terminología nietzscheana, «muerte de Dios» (la secularización del Estado y de la sociedad en su conjunto) si se sigue de la inmediata instauración de la deidad democrática. Considero, no obstante, que partiendo de una visión un tanto descreída de la legitimidad que el Estado pueda tener para castigar a un específico sujeto (de una visión de la pena tan aséptica como resulte posible), la idea de «reproche», en lo que de moral tenga, debe ser rechazada (aunque, por tradición, mantengamos el término para referirnos a otra realidad). Esto, contra lo que pudiera parecer, no conduce al nihilismo. Una cosa será el estándar de moralidad que el Estado se exija a sí mismo en su actuar y otra, muy distinta, que pueda dirigirse en términos morales a un ciudadano concreto. En cualquier caso, como casi siempre, la gran virtud del modelo de la autonormación no residiría, en mi opinión, en ser «en sí mismo bueno», sino en algo más modesto: en ser «mejor que los otros» modelos. La democracia no debe sustituir a la moral o la religión, pero las decisiones previas (heterónomas) a las que la democracia «tenga» que adaptarse pueden ser, precisamente, las puertas de entrada de tales instituciones para condicionar la relación jurídica. Seguramente la democracia no tenga que pretender disfrazarse de moral, pero hemos de tener cuidado de que no pase lo contrario y que la moral se disfrace de democracia para una imposición menos conflictiva.

⁹⁶ Vid., para una interesante reflexión acerca del «carácter asimétrico» del consentimiento (las negativas tendrían un valor absoluto, mientras que las aceptaciones podrían ser sometidas a exigencias adicionales para ser

que hubiera posibilidad de manifestarse esta sería acorde con la acción protectora. De este modo, la acción protectora solo genera deber si se encuentra en sintonía con la voluntad expresa o presunta, lo que volvería el criterio de legitimidad por heteronormación superfluo⁹⁷. Todo ello, prescindiendo del hecho de que de la protección se pueda llegar a desprender un cierto deber moral no se deriva que surja también un deber jurídico.

En cualquier caso, es cierto que el criterio de la autonormación (una concepción deliberativa de la legitimidad de las normas) puede ser insuficiente por sí mismo⁹⁸. Considero muy convincente el planteamiento de CIGÜELA SOLA en el que concilia la heteronormación y la autonormación en el entendido de que la primera se correspondería con la idea del «Estado social» y la segunda con la del «Estado democrático»⁹⁹. Ambas características serían pilares de un Estado legítimo. Sin embargo, estas no empujarán siempre en la misma dirección, dado que es evidente que, en ocasiones, las decisiones democráticas conducen a la desprotección social. Analizar este potencial conflicto llevaría demasiado lejos.

3.8. Objeción a la pretensión de individualización ilimitada

De modo muy breve expondré esta octava objeción, para cuyo mayor desarrollo me remito a otro lugar¹⁰⁰. Existe una tendencia muy habitual en la doctrina a sostener algo así como que cuando de individualización hablamos, cuanta más mejor. Sin embargo, esto es discutible, al menos, desde dos puntos de vista.

El primero es el punto de vista funcional. El Derecho requiere una cierta generalización para poder cumplir su función de manera siquiera mínimamente satisfactoria. Corremos el riesgo, en caso contrario, de incurrir en un injustificado e indeseable «comprenderlo todo es perdonarlo

consideradas válidas), PANTALEÓN DÍAZ, «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, (9773), 2021, pp. 4 s.

⁹⁷ El problema es, por supuesto, más complejo, dado que también en una construcción coherente del paradigma deliberativo hay un momento de imposición de una decisión basada en la idea de protección: la decisión inicial de que el resto de decisiones se tomará democráticamente. Es obvio que la democracia no es el comienzo de las decisiones, sino que hay una apuesta previa por ese modelo que, como es lógico, no puede ser a su vez democrática. Entonces, cabría preguntarse por qué lo que legitima la primera decisión no podría legitimar también las siguientes prescindiendo del «juego democrático». La respuesta no tendría que ver más que con una (razonable) decisión social por la que hemos apostado por reconocernos entre todos como interlocutores válidos en términos morales y políticos. No parece discutible que el primer eslabón de esta argumentación conduzca a la imposición de un valor de forma no democrática. Pero creo que, precisamente, la defensa de la autonormación permite paliar los déficits democráticos de todo el sistema en sus desarrollos posteriores, algo que las teorías de la heteronormación no pueden hacer, ya que solo reproducen sistemáticamente el primero de los principios (con sus ventajas, pero también con sus inconvenientes). Esta forma de ver las cosas ayuda a comprender mejor cómo en un Estado democrático un destinatario de la norma que se encontraría, dicen algunos, vinculado a ella por su contenido podría cambiarla a través del procedimiento legislativo. La postura «heteronormativa» coherente habría de llevar a «congelar» todas aquellas normas que produjeran (¿en opinión de quién?) un beneficio equitativo limitando así, aun con la mejor de las intenciones, el ámbito de lo que puede ser objeto de discusión democrática (que es, precisamente, cómo repartir beneficios y cargas).

⁹⁸ Algo que, por otra parte, admiten sin problemas sus propios defensores, que sostienen, más bien, que se trata de un parámetro de legitimación que nos permite ver cómo de lejos estamos del ideal perseguido (cuánto de fáctico y cuánto de contrafáctico hay en los presupuestos de legitimación). En este sentido, vid. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 299 s., n. 140.

⁹⁹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 258. Desde otra perspectiva, también concilia, en cierto sentido, la autonormación con la heteronormación SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 82-84, al describir los distintos niveles de intensidad de la condición de ciudadano, dando cabida en ellos a reflexiones procedentes de ambas propuestas teóricas.

¹⁰⁰ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 240-265.

todo»¹⁰¹. Además, parece claro, lo ubicuo no puede disculpar¹⁰². Y lo ubicuo, por ser ubicuo, no deja de existir. Una estrategia absolutamente individualizadora debería tomarlo en consideración. Sin embargo, la propia existencia del Derecho penal (como forma de reducción de la violencia informal) debe ser también un bien a tener en cuenta.

La segunda perspectiva, no menos importante, es la axiológica: en ocasiones puede haber buenas razones para no individualizar demasiado. Una ficción igualitaria (por tanto, poco individualizadora) puede ser extraordinariamente valiosa en muchos ámbitos (por ejemplo, el derecho al sufragio). Además, individualizar no es algo que carezca de costes, conocer las condiciones de vida de una persona hasta el detalle más mínimo supone un examen de su fuero interno que puede ser sencillamente intolerable. ¿Es inocuo, por ejemplo, preguntar a alguien cuánto le condicionaron los abusos sexuales a los que fue sometido en su infancia por su padre? Por supuesto, todo esto nos remite a la inevitable tensión entre igualdad formal e igualdad material. Pero las ansias de obtener mayores dosis de igualdad material no deben hacernos perder de vista que eso tiene costes en la igualdad formal y que esta (que claro que es una abstracción que desatiende particularidades) es también, en muchas ocasiones, valiosa para los que son considerados iguales. En el ámbito que ahora nos ocupa, considerar a alguien responsable (y la imposición de una pena puede ser necesaria para que esa consideración sea tomada en serio¹⁰⁵) supone reputarlo alguien *igual* a nosotros, obviando las diferencias que haya y esto puede ser, en ocasiones, un bien extraordinariamente valioso. A veces partir de la «ficción igualitaria» contribuye a la promoción de la igualdad material. Atender, en este punto, a las diferencias del excluido social podría hacer que este no fuera entendido solamente como un «desfavorecido material», sino que fuera visto también como algo así como un «desfavorecido espiritual o moral».

3.9. Objeción a la idea de que la atenuación y la exclusión de responsabilidad pueden ser un incentivo a la solución del problema social de fondo

SILVA SÁNCHEZ ha apuntado la idea de que la atemperación del castigo del excluido podría constituir un incentivo para corregir la situación de injusticia social y económica en la que se encuentra¹⁰⁴. La idea es atractiva: para evitar esta clase de exoneraciones, el Estado trataría de enmendar el contexto que las propicia. Sin embargo, la idea no solo es atractiva, también es reversible. Podría ser, en sentido contrario, que el Estado (y la sociedad) percibiera que con esta

¹⁰¹ Defiende esta idea de modo muy convincente MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 180, cuando sostiene que «el análisis detallado del contexto motivacional que rodea cada hecho, delictivo o no, a lo que tiende es a poner de manifiesto cada vez más condicionantes y a hacer desaparecer los espacios de libertad. Porque toda explicación se produce atribuyendo los sucesos a causas, a motivos o a razones, el intento de comprender lo más completamente posible el porqué de un determinado acontecimiento indefectiblemente conduce a que cada vez más ese acontecimiento se explique como el producto de las circunstancias que lo propiciaron».

¹⁰² En este sentido, vid. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 49 s. Al fin y al cabo, si la atribución de responsabilidad pretende discriminar al culpable del no culpable, un factor ubicuo no puede servir para distinguir a unos de otros y entorpece, pues, tal función de diferenciación, que se entiende valiosa. De modo parecido, ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, p. 122, señala que determinada interpretación de algunos preceptos (como el art. 20.6ª CP) «conduciría a considerar[los] como cláusulas de extrema individualización del juicio de responsabilidad que impedirían prácticamente todo castigo y, por consiguiente, implicarían la disolución del Derecho penal».

¹⁰³ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 260 s., n. 83.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 97 s. Quizás quepa interpretar en ese mismo sentido a FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación*, 2020, p. 291; y DA SILVA BENTES, «La aplicación del principio de la culpabilidad como instrumento de una política criminal inclusiva», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, p. 213.

«pequeña solución» compensa en cierta medida la injusticia de la que determinados sujetos son víctimas ejerciendo como una suerte de «válvula de escape». Cuál de las dos direcciones de esta idea se ajusta más a la realidad es, por supuesto, difícilmente determinable; al fin y al cabo, es la tensión política frecuente a la que se enfrentan determinados problemas: arreglar «un poco» el problema puede ser correcto (y, quizás, si este arreglo tiene un coste para el Estado, puede incentivar la búsqueda de una solución más definitiva), pero resta dramatismo a una situación que seguramente lo requiera para ser más globalmente encarada. La solución a un problema grave «sin parchear» puede parecer más urgente que la de un problema grave «parcheado».

SÁNCHEZ DAFAUCE ha señalado de forma muy sugerente que «la pena y la culpabilidad cumplen una función social —latente, no explícita— de lavado moral»¹⁰⁵. Creo, por el contrario, que es la exculpación la que, en un caso como el que ahora nos ocupa, podría desempeñar esa tarea de «lavado moral», funcionando tal exculpación como una suerte de compensación postdelictiva de las injusticias que se sufrieron antes. Resulta, sin duda, moralmente engorroso castigar al excluido, pero quizás sea ese el sentimiento que debemos tener en tanto no se solucionen sus problemas más graves.

3.10. Objeción de los difusos deberes de protección del Estado

Otra cuestión que inevitablemente suscita dudas es la de cuáles son aquellos deberes sociales o de protección que ha incumplido el Estado y que, de una u otra forma, desempeñan un importante rol en las distintas argumentaciones que sostienen la necesidad de reducir el castigo del excluido. En otros términos: ¿cuáles son las prestaciones a las que el Estado estaría obligado? Como fácilmente se puede comprender, la respuesta a esta pregunta excede ampliamente lo que al Derecho penal se refiere y, por tanto, es improcedente (e injusto) criticar a los distintos autores que se han ocupado del tema su imprecisión al respecto.

Sin embargo, es necesario hacer notar una tensión insoslayable: o bien se caracterizan estos deberes de una forma extremadamente vaga y nos encontramos, entonces, ante una fórmula vacía; o bien se dota de contenido preciso a tales deberes, en cuyo caso las consideraciones al respecto se vuelven netamente políticas; o, por último, se encuentra un delicado punto medio entre ambos extremos. En cualquier caso, como han señalado ROXIN y GRECO recientemente, creo que la asimilación hecha por algunos autores entre los deberes estatales y una posición de garante del Estado (señaladamente SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁶) no puede ser más que, en el mejor de los casos, metafórica¹⁰⁷.

Parece claro que en los casos extremos se podría llegar a un acuerdo razonable acerca del incumplimiento estatal, pero los casos extremos (por definición) son los menos y son los menos

¹⁰⁵ La cita que, por su claridad, no me resisto a reproducir por entero sigue así: «que consiste en la transformación de la injusticia social —en la medida correspondiente— en culpa del autor. El delito fija en el tiempo y en el espacio la injusticia, y sirve como elemento nuclear de la definición del mal, de modo que, al absorber la idea de lo injusto, libera al orden social de su responsabilidad por las condiciones inicuas que hayan podido participar en su origen. La declaración de culpabilidad viene a ser algo así como una prohibición de regreso. Como la prohibición de un regreso que fuese del autor a la sociedad» (SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 250).

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 75-86. Lleva hasta el extremo la asimilación entre la posición del Estado y la posición de garante a efectos de la atribución de responsabilidad en un delito en comisión por omisión PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 47, que distingue supuestos en los que el Estado debería ser considerado autor por omisión y otros en los que, también por la omisión precedente, podría ser considerado cooperador necesario o cómplice.

¹⁰⁷ ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 5ª ed., 2020, § 19, nm. 74.

complicados¹⁰⁸. Para abordar la cuestión de los casos menos claros resulta ineludible contar con criterios más precisos que aquellos que actualmente se manejan¹⁰⁹. En definitiva, como señala SÁNCHEZ DAFAUCE, «las nociones de pobreza o marginación social son conceptos jurídicos indeterminados que deben perfilarse»¹¹⁰. No obstante, si eso no se ha hecho todavía (y así lo creo), los razonamientos jurídicos de los autores que se han ocupado de la materia lo han hecho sobre «conceptos jurídicos indeterminados» que están, todavía, por perfilar¹¹¹.

3.11. Objeción de quién soporta el coste de la atenuación/exoneración

También resulta problemática la cuestión de sobre quién recae el «coste» de una eventual atenuación o exoneración de responsabilidad del excluido social. Supongamos que el Estado es, en algún sentido, responsable de la exclusión de un determinado sujeto (hay buenas razones para ello) y aceptemos, en aras a la discusión, que el Estado debe, por ello, mostrarse más indulgente con sus delitos. La cuestión es que tal «indulgencia» tiene costes. Si la pena cumple una función y el Estado renuncia a ella cuando, en principio, es merecida y necesaria (renuncia por razones que tienen que ver con la responsabilidad del propio Estado), la pena incumple una tarea que debería satisfacer.

Es fácil sostener que el coste lo asume el propio Estado, pero es difícil concretar cómo lo hace (¿es un coste reputacional?, ¿político?). Más claro parece, sin embargo, que tal coste es repercutido al conjunto de la sociedad (pues es a ella a la que sirve la pena que no ha sido impuesta). TADROS lo ha visto con especial claridad y ha señalado que «en condiciones de injusticia económica, el Estado se encuentra en un dilema moral en lo relativo a la justicia penal»¹¹². El Estado puede decidir entre castigar injustamente al excluido o desproteger injustificadamente a la sociedad y las potenciales víctimas, que, además, serán en mayor medida personas también excluidas¹¹³. De este modo, y si se reconoce que (en algún sentido) el Estado

¹⁰⁸ Precisamente por ello resulta tan valioso el trabajo de COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, *passim*, que pretende articular una suerte de concepto gradual de ciudadanía (no tan dicotómico como aquel con el que se suele operar en este ámbito) al que anudar distintas consecuencias jurídico-penales. La idea de dichos autores se resume bien en que «la gravedad del castigo debería ser una función (lineal) de la intensidad del grado de ciudadanía cuando todas las demás variables relevantes permanezcan iguales» (p. 9). En cualquier caso, es posible que esa concepción «estratificada» de la noción de ciudadanía tuviera ya su germen en SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 82-84, o en el reconocimiento de la dimensión gradual de la ciudadanía en CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 254-259.

¹⁰⁹ En una conversación personal, el Profesor COCA VILA apuntaba muy sugerentemente que quizás una vía de clarificación podría estar, para empezar, en distinguir los deberes jurídico-constitucionales del Estado (de los que el trabajo de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, *passim*, habría dado muy buena cuenta) y sus deberes político-morales. En cualquier caso, para el Profesor COCA, sería cuestionable que no se pudiera ya afirmar que el incumplimiento de estos últimos fuera suficiente para legitimar una rebaja penológica.

¹¹⁰ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 263. En un sentido muy similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, pp. 527-532; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 142, 168, 247; o LORCA, *Law, Culture and the Humanities*, (18-2), 2022, p. 22. En cualquier caso, como señala OTERO GONZÁLEZ, *Culpabilidad y delinquentes peligrosos*, 2021, p. 135, «aunque los autores que se han acercado a esta perspectiva, se centran principalmente en la exclusión social por motivo de pobreza, el excluido social abarca un grupo de población mucho más amplio».

¹¹¹ En cualquier caso, se debe destacar que ya se están produciendo esfuerzos en esta dirección que están procediendo a una oportuna precisión de los conceptos implicados, separando razonablemente el de «pobreza» del de «exclusión». Vid., en este sentido, BENITO SÁNCHEZ, en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 149-150.

¹¹² TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, pp. 410 s.

¹¹³ TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 393. Por esto mismo, en muchas ocasiones, las apelaciones genéricas a que el riesgo del delito nos lo «repartimos entre todos» no son del todo correctas. Es cierto que el

tiene un deber de protección hacia sus ciudadanos, haga lo que haga comete una injusticia. Y se trata, además, de una injusticia particularmente grave en el caso del «excluido víctima»: se le priva de bienes valiosos antes del delito y de lo bueno que le podría proporcionar después el castigo del autor.

Es cierto, y así lo han señalado, entre otros SILVA SÁNCHEZ y CIGÜELA SOLA (o el propio TADROS), que esta situación dilemática se difumina en aquellos «delitos sin víctima». Más allá de ello, sin embargo, hay dos problemas: el primero es que sigue habiendo delitos con víctimas y el segundo reside en que incluso la categoría de «delitos sin víctimas» es discutible. Sobre esto último quisiera apuntar tan solo lo siguiente: el mismo ejemplo del tráfico de drogas (como uno del que se sirven los autores citados) resulta problemático. Si estamos dispuestos a desprendernos de la «ficción jurídica» para ver cuál es la «realidad material» que se encuentra tras ella —y esta es una premisa que compartirían muchos de los autores citados en estas páginas— veremos que los delitos de tráfico de drogas (más allá de aquellos otros que inextricablemente se encuentran unidos a él) por supuesto que dejan «víctimas» (el estereotipo de «yonqui» que el lector tiene en la cabeza es una prueba muy «material» de ello); cuestión distinta es que estas víctimas no se distribuyan equitativamente entre las diversas clases sociales y espacios geográficos de nuestro país.

Es evidente que el dilema apuntado tiene una solución teóricamente sencilla: modificar las causas que nos abocan al dilema, la exclusión social y económica. Pero en tanto eso no se haga (y no parece que vaya a pasar pronto) el dilema no puede sencillamente rehuirse como una cuestión menor.

3.12. Objeción del «marginado cumplidor»

Más allá del problema del marginado como víctima nos encontramos también con el problema del «marginado cumplidor». La idea es sencilla: no todo marginado o excluido delinque. Esto, ha de quedar claro, no se debe emplear como un simplista argumento para explicar por qué el excluido es «libre» y tiene que ser castigado (las decisiones distintas de otros excluidos serían la prueba definitiva de esa libertad). Ello, principalmente, porque no estamos tratando un problema de libertad, sino, en su caso, de exigibilidad o legitimidad del Estado para castigar. Pero, con independencia de ello, es un hecho, como decía, que hay excluidos cumplidores. Si la exoneración (o atenuación) del castigo del marginado transmite un duro mensaje al «excluido víctima», tampoco es mucho más amable el que se envía al «excluido cumplidor». Este recibe lo peor de los dos mundos: su libertad es cercenada por la falta de condiciones materiales que la posibiliten y por la existencia de normas jurídicas que respeta. Si la pena tiene, como brillantemente ha señalado RODRÍGUEZ HORCAJO, entre otras, una finalidad de «refuerzo de la cooperación» mediante el mecanismo de explicar que al incumplidor se le castiga y que, por ello, el cumplidor no es ningún «tonto» por respetar el Derecho¹¹⁴, en caso de que se admitiera la exención o atenuación de la pena del marginado, indudablemente, al marginado cumplidor se le

riesgo del delito amenaza a todos, pero no amenaza a todos por igual. El autor de estas páginas (como la mayor parte de las personas que puedan leerlas) tiene un riesgo más bajo de ser víctima de delitos que otros muchos colectivos sociales. Así, la apelación genérica a que un problema se resuelva repartiéndolo entre todos a modo de lotería de desgracias pasa por alto que no todos tenemos las mismas papeletas.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 151, 242-256.

transmitiría un mensaje casi injurioso¹¹⁵. Por supuesto, se podría salvar esta objeción sosteniendo que lo que hace el «marginado cumplidor» es supererogatorio¹¹⁶. Sin embargo, tal afirmación debería ir apoyada en alguna clase de medida que mostrase que esta no es puramente retórica.

En cualquier caso, como ha dicho PAUEN¹¹⁷ (o, de un modo próximo, BEADE¹¹⁸), allá donde no hay culpabilidad (en un sentido muy amplio), tampoco hay inocencia. La declaración de culpabilidad de unos (a la que debe seguir, como decía antes, una pena para que sea «tomada en serio») es presupuesto de la declaración de inocencia de otros. La culpabilidad sirve para discriminar. Si no discriminamos, difícilmente podremos diferenciar lo supererogatorio, de lo ordinario, o de lo indebido. Al eliminar la idea del marginado culpable/responsable, eliminamos también la del marginado inocente/no responsable¹¹⁹.

3.13. Objeción de la inexistencia de una vía legal para la atenuación/exoneración

Si todas las dudas/objeciones anteriores fueran salvadas, quedaría, en cualquier caso, por aclarar cuál habría de ser la vía dogmática y legal para proceder a tal atemperación de la pena del excluido. Como se ha dicho en alguna ocasión, la exclusión social produce «irritaciones en todos los niveles de la teoría del delito»¹²⁰. Prescindiendo ahora de la cuestión de la eventual justificación de la conducta del excluido (debate cuyos límites y posibilidades han sido

¹¹⁵ Esto, probablemente, acabaría por desembocar en una suerte de «efecto llamada» al delito, que, como explica MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, p. 553, parece difícilmente evitable cuando se produce la exención de responsabilidad de alguien como consecuencia de su vulnerable posición económica, habida cuenta de las muchas personas que se encuentran en situaciones de esa clase (y ello con independencia de cuánto peso se deba otorgar a este «efecto llamada» en la decisión que se deba tomar). Por el contrario, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 217, considera que se sobredimensiona este riesgo. En cualquier caso, sostiene después, asumiendo de algún modo la importancia del potencial «efecto llamada», que se da la paradoja de que «los Estados más excluyentes son a la vez los Estados más frágiles y desintegrados, y en esa misma medida son los que menos pueden asumir el riesgo de renunciar a la punición allá donde se producen delitos en contextos marginales», mientras que los Estados que menos necesitarían la renuncia al castigo tendrían más posibilidades de llevarla a cabo (p. 249). Vid., también, para profundizar en la posición contraria a la toma en consideración de los efectos de carácter preventivo-general de esta clase en sede de justificación, MOLINA BLÁZQUEZ, «Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, p. 130.

¹¹⁶ Apunta en esta dirección SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 95, n. 238.

¹¹⁷ PAUEN, «Keine Unschuld ohne Schuldbegriff», en ROTH/HUBIG/BAMBERGER (eds.), *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, 2012, p. 77.

¹¹⁸ BEADE, *Isonomía*, (47), 2017, p. 142.

¹¹⁹ Se podrá responder que, en puridad, no se elimina la idea del «marginado responsable», sino simplemente la del «marginado al que se puede hacer responsable»; lo que, por las razones antes expuestas, sería algo sustancialmente distinto. Sin embargo, si la distinción entre inimputabilidad e inexigibilidad tiene, como sospecho, escasa relevancia en el plano de la comunicación social (son entendidas por la comunidad de modo sustancialmente idéntico), menos relevancia habrían de tener las diferencias que tienen lugar dentro de cada una de estas categorías (en el caso que nos ocupa, la diferencia entre que algo «sea exigible» y que algo «pueda ser exigido precisamente por X»).

¹²⁰ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 19. En un sentido parecido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, p. 525. En todo caso, ello no nos debe hacer olvidar, como oportunamente alerta OLLÉ SESÉ, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 122-140, que estas dificultades de tratamiento del sujeto excluido y las tensiones que conllevan se encuentran también muy presentes en el ámbito del Derecho procesal (entre otros campos, esto se evidencia con particular intensidad, por ejemplo, en el de la adopción de medidas cautelares).

perfectamente esbozados, entre otros, por MARTÍNEZ ESCAMILLA¹²¹ y, recientemente, por COCA VILA¹²²) o de la posible concurrencia de un error de prohibición¹²³, abordaré la cuestión de cuáles han sido las vías ofrecidas en sede de culpabilidad y/o exigibilidad.

Para empezar, se han propuesto posibilidades que apelan directamente a la inimputabilidad del excluido¹²⁴. Pero por el alto riesgo de estigmatización que esta solución comporta (y que ha sido explicado antes) no me detendré en ella ahora.

Resultan interesantes las propuestas que parecen haber triunfado a nivel comparado de establecer circunstancias atenuantes expresas que apelen a la delicada situación socioeconómica del autor. Recogen circunstancias de este tipo los códigos penales de Argentina (art. 41.2), Colombia (art. 56), México (art. 52.V), Paraguay (art. 65.2º.6), Perú (art. 45.I) o Portugal (art.

¹²¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, *passim*. Se pueden encontrar argumentaciones también muy interesantes al respecto en MOLINA BLÁZQUEZ, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, *passim*, y VELÁZQUEZ VIOQUE, «Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ, (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, *passim*.

¹²² COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Lay and Philosophy*, 2023, *passim*, realiza una contribución de inestimable valor acerca de cuál es el ámbito de aplicación real del estado de necesidad (en las modalidades justificante y exculpante) en sociedades, como la nuestra, que constituyen estados democráticos (por lo que la solución al conflicto concreto suele venir decidida de antemano por un legislador democrático) y de bienestar (por lo que las situaciones de graves privaciones materiales suelen contar con cauces predeterminados que pretenden paliarlas). Vid., también, COCA VILA, «Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad. Una crítica desde los postulados democrático-legalistas», 2023, en prensa, donde señala que «en el marco de un sistema jurídico democrático el estado de necesidad agresivo no puede ser concebido como una herramienta judicial para enmendar la plana a un legislador incapaz o contrario a configurar un derecho pleno a la vivienda en consonancia con las demandas del *Zeitgeist* contemporáneo». Y es que, en palabras de este mismo autor en tal trabajo, «la interpretación del estado de necesidad como una herramienta de cambio social transformadora de un Derecho positivo injusto supone, pues, un insostenible desafío al principio de legitimación democrática». Todo esto, en cualquier caso, partiendo de que «la estricta primacía del canal institucionalizado vale siempre y cuando el procedimiento funcione adecuadamente, esto es, cuando responda a la voluntad legislativa que lo sustente. Cuando no sea el caso, el apartamiento del canal procedimental por parte del particular ya no puede ser visto como un acto de arrogancia cívica y, por ende, podría justificarse en estado de necesidad agresivo». Todo ello dejando a un lado los eventuales supuestos de exculpación, a los que reconoce un mayor campo aplicativo.

¹²³ Vid., por ejemplo, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 302-306. Probablemente sea esta la vía más razonable para casos de exclusión severa, dado que permitiría conjugar la rebaja punitiva con un bajo riesgo de estigmatización.

¹²⁴ SÁNCHEZ DAFUICE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 260, n. 396, por ejemplo, propone la aplicación de la eximente incompleta (art. 21.1ª CP) en relación con la eximente de alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia (art. 20.3ª CP). De manera más detallada, BENITO SÁNCHEZ, en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, *passim*, propone aplicar en estos casos (siempre que concurren determinados requisitos) esa misma eximente de alteración en la percepción (art. 20.3ª CP). Así, sostiene que «la aplicación de esa eximente a delitos cometidos en un contexto de exclusión social es, por ello, uno de los retos de la teoría del delito en la actualidad. En este trabajo se defiende la idea de que los déficits socioculturales también pueden colocar al sujeto en una situación de aislamiento respecto del resto de la sociedad, y esa incomunicación sociocultural puede tener como consecuencia, precisamente, una carencia en el acceso al conocimiento de los valores que subyacen a las normas penales» (p. 161). Igualmente, de modo detallado y tras un sugerente estudio de esta circunstancia eximente, ha sostenido OBREGÓN GARCÍA, «La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, p. 99, que «la vaguedad de algunos de los diferentes elementos utilizados por el legislador en el art. 20.3 CP faculta para encajar hipotéticamente en su ámbito algunos supuestos en los que la exclusión social influye en la capacidad del sujeto para cobrar conciencia de la realidad. Pero (...) ese encaje se lleva a cabo forzada, parcial e insuficientemente».

71.2.d)¹²⁵. Así, a mero título de ejemplo dispone el art. 41.2 CP argentino que de cara a la determinación de la pena se tomará en consideración «la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos». El Código penal colombiano establece, por su parte, que verá reducida su pena «el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad»¹²⁶. FUZIGER ha propuesto introducir una circunstancia de esta clase en el ordenamiento español¹²⁷.

Todo ello conecta con la que, en mi opinión (y al margen del error de prohibición), probablemente sea la sede más adecuada (o la que menos complicaciones genera) para abordar el problema: la determinación judicial de la pena¹²⁸. En este punto me remito a lo explicado por CÁMARA ARROYO en cuanto a las posibilidades de este expediente y también de sus limitaciones¹²⁹. Se podrá discutir acerca de si este recurso es insuficiente¹³⁰, pero lo que parece claro es que puede evitar algunos de los problemas que generan los otros y que permite incluir «algo» de justicia social en la respuesta punitiva que se adopta finalmente.

¹²⁵ Vid., para un somero análisis de todos estos preceptos, FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación*, 2020, pp. 361-367.

¹²⁶ Aunque el tenor literal se pudiera prestar a equívocos, lo cierto es que, según LUNA HERNÁNDEZ, «Marginalidad en el Código penal colombiano. Contexto de análisis y reflexiones de pandemia», *Nuevo Foro Penal*, (97), 2021, p. 154, «es uniforme la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al considerar el artículo 56 del CP como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal y no como eximente». En cualquier caso, incide esta misma autora en que existe una «carencia de desarrollo dogmático sobre la circunstancia de marginalidad extrema y su tratamiento jurídico penal en el contexto colombiano, teniendo en cuenta que no existe delimitación de su ámbito de configuración en la jurisprudencia nacional» (p. 143).

¹²⁷ FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación*, 2020, p. 397. También lo han hecho, aunque sin desarrollar tanto la propuesta, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 345; PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 67; OLLÉ SESÉ, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 121, que sostiene la posibilidad, entre tanto, de aplicar la circunstancia atenuante analógica (art. 21.7ª CP). Vid., sobre la posibilidad técnicamente más correcta de articular una atenuación analógica de esta naturaleza, PUENTE RODRÍGUEZ, «Puertas abiertas por el reconocimiento expreso de la atenuación por dilaciones indebidas: cuasiprescripción y exclusión social», 2023, en prensa.

¹²⁸ Conviene recordar en este punto, con BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 33, que la determinación judicial de la pena es solo uno de los estadios o fases por los que ha de pasar la concreción del específico castigo que se impondrá a un sujeto. Así, una visión más integral habría de abordar también los momentos de determinación legal, administrativa (penitenciaria), constitucional y gubernativa de la pena. Aunque seguramente sería interesante valorar también cuál sería el impacto razonable de la exclusión social en estas otras fases (particularmente en sede de ejecución penitenciaria), ello excedería con mucho el propósito de este trabajo.

¹²⁹ CÁMARA ARROYO, *ADPCP*, (68), 2015, *passim*.

¹³⁰ Así, entre otros, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 345; OBREGÓN GARCÍA, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, pp. 103 s. Parece, en todo caso, que sería preciso distinguir las posibilidades de individualización de la pena en casos de exclusión social en atención a la concreta clase de pena de la que hablemos. De este modo, parece que, en principio, la determinación de la pena de multa (en su modalidad de días-multa) sería más abierta a esta suerte de consideraciones, habida cuenta de que el art. 50.5 CP se remite expresamente a la situación económica del penado. Sin embargo, lo cierto es que, como señala VELÁZQUEZ VIOQUE, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, pp. 159 s., las dificultades probatorias sobre la capacidad económica del penado hacen que los órganos judiciales tiendan a la imposición de la cuota mínima con demasiada frecuencia, lo que comporta un tratamiento homogéneo de sujetos con capacidades económicas notoriamente diferentes.

En los últimos tiempos parece, sin embargo, que la vía preferente ha sido la de acudir a una suerte de causa suprallegal de inexigibilidad¹³¹. Para estas concepciones, en tales casos, en palabras de SILVA SÁNCHEZ: «de lo que se trata fundamentalmente es de efectuar un juicio jurídico-político sobre la pretensión del Estado —sólo del Estado— de exigirle al agente una conducta distinta. El agente, en efecto, puede ser culpable, pero un Estado dado, con déficits institucionales tan relevantes, no le podría “exigir el comportamiento adecuado a Derecho”. Ello muestra, en definitiva, que el Estado no siempre puede exigir el cumplimiento de las normas a sujetos dotados de capacidad de culpabilidad»¹³². Para SEELMANN, por su parte, nos encontraríamos, en un sentido parecido, ante un supuesto de «dispersión de la responsabilidad» como consecuencia de estar ante un caso de «corresponsabilidad de la instancia de imputación»¹³³. CIGÜELA SOLA apunta a que la sistematización de la excusa del excluido social podría encontrar en sede de exigibilidad un buen acomodo¹³⁴. En este sentido, propone lo que denomina una «inexigibilidad bipartita»: inexigibilidad que podría tener lugar en atención al sujeto imputado, pero también a la instancia de imputación¹³⁵. Para el segundo de los casos, el que más trascendencia puede tener en el supuesto del excluido social, «el sujeto tenía la posibilidad de comportarse conforme a la norma, lo que ocurre es que la instancia de imputación no puede exigirselo legítimamente»¹³⁶. También ha abogado recientemente por una exención de esta naturaleza PÉREZ CEPEDA¹³⁷.

Sean estas construcciones más o menos asumibles (en la medida en que puedan despejar satisfactoriamente el resto de objeciones planteadas), lo cierto es que una exención de esta clase carecería de base legal (por varias razones no cabrían bajo el concepto de «miedo insuperable» por mucho que se normativizara este¹³⁸). No tiene sentido detenerse ahora en la discusión acerca de la difícil cuestión de si la doctrina (o, más bien, la jurisprudencia) tiene legitimidad para crear causas de impunidad allá donde el legislador no se ha pronunciado al respecto y la tensión entre tal posibilidad (amparada, en su caso, por la idea de justicia material) y el principio democrático. Pero resulta preciso dejar apuntada la cuestión¹³⁹.

¹³¹ De este modo, un relevante sector doctrinal ha reaccionado, en buena medida, a la advertencia que hiciera ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, p. 121, de que «el principal problema que presenta el pensamiento de la inexigibilidad es su concreción mediante criterios materiales que doten de certeza a su campo de aplicación práctica», ofreciendo argumentaciones muy depuradas al respecto que han permitido seguir avanzando en la discusión.

¹³² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 110.

¹³³ SEELMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 222 s.

¹³⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 323.

¹³⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 329-337.

¹³⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 332.

¹³⁷ PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 66.

¹³⁸ El propio CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 331, rechaza recurrir a él para los casos de inexigibilidad por razón de la instancia de imputación.

¹³⁹ Vid., a este respecto, el sintético (pero ilustrativo) resumen de la cuestión de ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp. 119 s. En cualquier caso, conviene tener presente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español reconoce desde hace tiempo (sin que la doctrina haya reparado suficientemente en ello) una causa suprallegal de exclusión de responsabilidad y de la que ya se ha hecho mención puntualmente en este trabajo: el delito provocado (cuyo anclaje legal, si lo tiene, no ha sido suficientemente concretado por los tribunales).

3.14. Objeción a la intervención alternativa sobre el marginado

Con independencia de cuál sea la vía legal por la que se opte para matizar o descartar la pena que se pudiera imponer a un excluido social quedaría por aclarar la cuestión de cuál habría de ser la intervención alternativa. Aunque el problema sería más discutible en relación con aquellos que proponen una mera disminución de la pena, parece claro que, si lo que se defiende es su completa exclusión, es preciso incorporar alguna otra reacción frente al suceso. Si se me permite la frivolidad, como es lógico, nadie propone que frente al delito del excluido social se actúe como si no hubiera pasado nada.

En tales casos, resulta trascendental responder a la pregunta de que, si no corresponde aplicar una pena (o no aplicarla plenamente), ¿entonces qué? Antes de profundizar en las distintas respuestas que se han ofrecido, conviene detenerse brevemente en una idea: la pena no es necesariamente la reacción más lesiva que el ordenamiento jurídico puede suministrar a un sujeto. Concebirlo de otro modo supone pasar por alto el enorme auge que en el último siglo han experimentado otras respuestas jurídicas como el tratamiento psiquiátrico coactivo, determinadas medidas de seguridad o algunas sanciones administrativas¹⁴⁰. Si se comparte lo dicho (por ejemplo, que no es necesariamente preferible el internamiento en un centro psiquiátrico que el cumplimiento de algunas penas de prisión), se deberá convenir, lógicamente, en que no siempre va a ser mejor la alternativa que la pena a la que reemplaza. Adicionalmente, y como hace tiempo señalaba SILVA SÁNCHEZ, existe una cierta paradoja en los procesos de desformalización de la resolución de conflictos¹⁴¹. La idea, ahora muy resumida, es que precisamente porque la pena es un mal tan grave se encuentra acompañada de mayores garantías, mientras que otras reacciones que no cuentan con tan «mala fama» se hallan menos constreñidas jurídicamente. Renunciar a la pena implica también renunciar a las garantías que le acompañan.

Resulta esencial, entonces, concretar cuáles son las alternativas propuestas a la pena para saber si verdaderamente con ellas se mejorará la condición de los excluidos sociales o si, por el contrario, involuntariamente, se les va a hacer todavía de peor condición.

Una primera observación al respecto es que este problema es llamativamente obviado por buena parte de los autores que se han ocupado del tema, algo que podría denotar una cierta despreocupación y falta de verdadero compromiso con la situación del excluido social. No obstante, algunos otros sí que han tratado esta cuestión en mayor o menor detalle. SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, al responder a la pregunta de «qué tratamiento dispensar al indigente que comete un hecho prohibido del que el Estado no puede hacerle penalmente responsable», ha esbozado (brevemente) su propuesta¹⁴². La idea, condensada ahora, sería que, en principio, deberían adoptarse medidas destinadas a la «neutralización de la eventual peligrosidad del autor», pero, habida cuenta del contexto de este y de que los delitos por los que podría ser exonerado en la construcción que ofrece SILVA SÁNCHEZ no serían especialmente graves, parecería que la reacción se debería asemejar más a «las medidas protectoras del Derecho civil para sujetos menores de catorce años»¹⁴³. Sin embargo, como al autor citado no le parece razonable «aplicar

¹⁴⁰ Vid., sobre todo ello, PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 266-281, 353-382.

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 400-401.

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 111.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 111.

una consecuencia sin reproche y orientada a la protección social cuando sucede que la fuente del problema se halla en el propio contexto social», el Estado «no puede ir más allá de la manifestación simbólica de su injusto culpable», a la que habrían de seguir «las correspondientes medidas de intervención en el entorno social que pusieran fin, poco a poco, al contexto de desprotección»¹⁴⁴. Con independencia del riesgo (no menor) de que a una intervención que pudiera parecer insuficiente respondiera alguna clase de violencia informal, lo cierto es que la reacción jurídica parece ambigua y poco precisa, pues bajo la etiqueta «medidas de intervención en el entorno social» caben demasiadas cosas.

Este mismo déficit se aprecia en la propuesta de CIGÜELA SOLA, para quien en los casos en los que se excluye la exigibilidad de la conducta (el grueso de aquellos de los que se ocupa) no se debe sostener que no proceda respuesta jurídica alguna. En sus propias palabras: «precisamente estos casos demandan más que ningún otro la búsqueda de alternativas de solución al conflicto, destinadas simultáneamente a reparar el daño y a incluir al autor del delito en la sociedad de la que había sido injustamente excluido»¹⁴⁵. De nuevo, de forma muy somera, se plantea una intervención alternativa que apenas queda detallada. De manera más precisa (y, seguramente por ello, más difícilmente aceptable) defiende SÁNCHEZ DAFAUCE la «progresiva conversión del contenido resocializador de la pena en una medida de seguridad correctora del déficit de socialización que el infractor soporta en parte como consecuencia de la incompetencia del Estado»¹⁴⁶. Esta solución resulta poco aceptable porque (con independencia de la estigmatización que con ella se genera¹⁴⁷ y que ya ha sido señalada) no parece clara la ganancia desde una perspectiva material (potencialmente una misma restricción de derechos, o incluso una superior, más invasiva) y sí la pérdida en términos de garantías¹⁴⁸.

En cualquier caso, las propuestas esbozadas adolecen, en mi opinión, de una cierta imprecisión y vaguedad. Si se comparte conmigo que la pena no será siempre la peor reacción posible, será necesario detallar la alternativa propuesta para poder valorar si esta mejora la situación del excluido o, por el contrario, paradójicamente la empeora.

3.15. Objeción a la oposición entre un Derecho penal politizado y uno pretendidamente apolítico

Una última duda debe ser expuesta. Esta servirá, a su vez, como corolario de todas las anteriores. A veces da la impresión de que los defensores de la exclusión o disminución del castigo del excluido simplifican en exceso la perspectiva de quienes se oponen a ello; en cierto sentido, construyen también un «hombre de paja». Me refiero ahora a la idea que a veces se pretende

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 111.

¹⁴⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 340.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 260.

¹⁴⁷ Y que se ve claramente potenciada por aquellos que entienden que «la educación es, sin duda, una de las herramientas más importantes para la erradicación de la criminalidad (...) una vez el individuo adquiere conocimientos y cultura, la probabilidad de participar en ciertos tipos de crímenes es mínima o escasa» (DA SILVA BENTES, *Sistema Penal Crítico*, [1], 2020, p. 216).

¹⁴⁸ En este sentido, señalan COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, p. 58, que una amplia aplicación de medidas de corte preventivo a aquellas personas con respecto de las que se predica un déficit de ciudadanía puede comportar una relevante disminución de las garantías con las que cuentan. Con independencia de esto último, probablemente se podrían extrapolar a este ámbito, además (y siempre con las oportunas matizaciones), las críticas que CASTILLO ARA, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht*, 2019, pp. 169-171, 207-208, ha dirigido, por su dudosa legitimidad, a la posibilidad de imponer determinadas medidas de seguridad al «autor de delitos culturalmente condicionado».

transmitir de que los primeros aprecian el carácter «político» del Derecho penal como herramienta más o menos sofisticada y más o menos brutal de control social, mientras que los segundos no perciben la naturaleza política que se esconde tras el ropaje «técnico» del Derecho penal. Creo que eso es una sobresimplificación. Desde luego, la inmensa mayoría de autores reconocen hoy esta realidad «política» y solo unos pocos de entre aquellos que consideran el Derecho como una «ciencia» podrían merecer tal reproche.

Defiende CIGÜELA SOLA que «el sistema jurídico es suficientemente reflexivo y autónomo como para no tener que verse obligado a reproducir de modo ciego las contradicciones que se originan en otros ámbitos como el económico o el político»¹⁴⁹, destacando el carácter presuntamente «ciego» de quien se opone a su planteamiento. SÁNCHEZ DAFAUCE, por su parte, ha sostenido que «un ordenamiento no es neutral por el hecho de no reflejar un problema, sino por el hecho de no reflejar un problema que no existe»¹⁵⁰, y sugiere así que quien se oponga a su solución se esconde tras una pretensión de neutralidad. Este último autor ha manifestado también, a mi modo de ver equivocadamente, que «absolutamente todo producto jurídico encierra la tensión entre orden y progreso»¹⁵¹. No lo comparto. Creo, por el contrario, que todo producto jurídico encierra la tensión, eso sí, entre «orden» y «desorden». Pero no considero que sea correcto equiparar, como tácitamente hace el autor, «desorden» con «progreso». Esta comprensión obedecería, así lo creo, a una concepción excesivamente lineal del progreso en la que el «orden» solo frena el «avance», obviando que se opone también al «retroceso». El «orden» (la formalización de la resolución de conflictos) solo puede ser considerado un avance o un retroceso en atención a cuál sea la alternativa a la que sustituya, que no será siempre la misma.

En definitiva, creo que el conflicto académico no divide a los contendientes entre unos (que admiten la naturaleza política del Derecho y «consecuentemente» [¿?] la atemperación del castigo del excluido) y otros (con pretensiones de neutralidad, que cierran los ojos ante un grave problema de injusticia social). Eso es una caricatura. Por el contrario, el conflicto puede tener lugar entre dos formas distintas de ver «lo político» (y no necesariamente entre una visión «progresista» y una visión «liberal-salvaje»). Puede haber buenas razones (jurídicas y «políticas») para entender que el recurso a las construcciones que en estas páginas han sido puestas en tela de juicio no son la estrategia más prometedora para contribuir a la solución de un grave problema de justicia social. He tratado de demostrarlo con la exposición de algunas de las dudas que han antecedido a esta y no creo que dichas objeciones encierren pretensión de neutralidad alguna o que cierren los ojos ante una determinada realidad, sino que miran también a otros sitios.

4. Conclusión

En las páginas anteriores he tratado de ofrecer, del modo más sintético posible, algunas de las dudas que me suscitan los diversos intentos que se han llevado a cabo para justificar la atenuación o completa exclusión de la pena del marginado social. Todas estas objeciones no tienen la misma trascendencia, ni alcanzan a todas las construcciones por igual. Sin embargo, creo que suministrar una explicación satisfactoria a las cuestiones planteadas debería ser necesario para poder asumir cualquiera de las distintas propuestas que se han ofrecido en los últimos años de un modo pleno.

¹⁴⁹ CIGÜELA SOLA, *Crímen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 118-119. Desarrolla algo la idea en p. 339.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 239. En sentido parecido también las pp. 250, 255.

¹⁵¹ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 255.

La triste idea que, en el fondo, albergo es que el sistema penal es endiablado y tiene una réplica para cada movimiento humanitario de la doctrina: si se excluye la responsabilidad, se estigmatiza al sujeto; si se sustituye la pena, la alternativa resulta peor; si se protege al excluido autor de delitos, se desprotege al excluido que es víctima de ellos; etc.

Todo ello, en el fondo, es lógico. Al fin y al cabo, el Derecho penal es solo una pequeña parte de los mecanismos de represión social y ha de servir a la sociedad de la que trae causa. Si esta sociedad es profundamente injusta, profundamente injustos serán los productos de «su» Derecho penal; este no es más que una herramienta social. Por ello, al querer modificar dicha herramienta (tratando de que sirva a otras causas), se la desnaturaliza y se producen consecuencias difícilmente soportables. El margen que tiene el Derecho penal para contravenir la sociedad en la que se enmarca es extremadamente pequeño. Probablemente, prescindiendo de la eventual justificación y el posible error de prohibición, las vías más propicias sean las de la despenalización de determinadas conductas¹⁵² (que se enfrenta, en cualquier caso, al riesgo de generar una respuesta social informal o una respuesta jurídica formal más lesiva que el propio castigo, como he señalado) y la determinación judicial de la pena.

Esto, sin duda, genera una «mala conciencia» con la que el penalista, práctico o teórico, ha de lidiar¹⁵³. No tenemos, creo, una alternativa mejor que el castigo. Pero eso ha de llevarnos, como en otro contexto dijera ENGISCH, a sostener, al menos, que «¡nada de arrogancia moral!»¹⁵⁴. El castigo en estos casos es un mal, pero es el mal menor. Mi trabajo no ha de ser leído como una petición de «mano dura» frente al excluido, sino, más bien, como una discrepancia estratégica acerca de cómo podemos reducir el dolor que sufren los que siempre sufren.

Sin embargo, no debe verse esto como una claudicación¹⁵⁵. Más bien al contrario. Tratar de enmendar el Derecho penal para hacer frente a las críticas que desde hace bastante tiempo se le hacen desde muy diversas perspectivas¹⁵⁶ supone relativizar el valor de estas críticas y conformarse con un (aparente) menor grado de injusticia, reduciendo esta hasta límites tolerables. Si creemos, por el contrario, en la verdad que se esconde tras tales críticas, no queda más remedio que asumir que un Derecho penal muy distinto no es posible en una sociedad como

¹⁵² En un sentido parecido, también OBREGÓN GARCÍA, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, p. 101, considera la vía de aplicar un error de prohibición en algunos de estos supuestos como «la que adquiere más probabilidades de prosperar». Vid., por otro lado, sobre posibles vías de reducción de la presión punitiva que soporta el excluido social, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 352-356.

¹⁵³ Discuto, así, que tenga toda la razón CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 237, cuando ha defendido que «la teoría de la pena debe incorporar las condiciones sociales, tan a menudo injustas, en las que el sistema penal y sus diferentes agentes operan, de lo contrario sólo servirán para tranquilizar conciencias y llenar bibliotecas». Considero, por el contrario, que el introducir «pequeños correctivos» desde el Derecho penal es, precisamente, lo que apacigua nuestra conciencia en lo que a una situación de manifiesta injusticia social se refiere. No es en absoluto necesario que al desconfiar de las posibilidades del Derecho penal en este punto se mantenga la conciencia limpia. En cualquier caso, el reto es demasiado importante como para que la «conciencia» de los penalistas, en realidad, importe gran cosa.

¹⁵⁴ ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, 2006, p. 125.

¹⁵⁵ Discrepo, pues, en cierto sentido, de CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 120-121, quien sostiene que no buscar una solución al problema al que se han dedicado estas páginas dentro del propio sistema jurídico y externalizarlo «como un “problema puramente político”, no supone sino una claudicación ante la crítica vertida por Rousseau, Marx o Foucault contra el derecho como ideología». Probablemente ello sea cierto. Pero, a la inversa, al pretender rechazar unas críticas que antes se han considerado valiosas y que se dirigían precisamente a evitarlo, sucede que se encubre el Derecho como ideología. Una crítica no puede ser cierta y refutada. Claudicar ante la crítica es reconocerle su valor y buscar otras vías de solución. Refutarlas es rechazar su verdad.

¹⁵⁶ Vid., especialmente, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 75-105.

la nuestra. La mejora de la justicia social vendrá (en su caso) por una mejora del Estado social, no por la vía de lentas mejoras incrementales del Derecho penal. No supone este enfoque, pues, una claudicación, sino una reorientación del problema.

En cualquier caso, ojalá esté equivocado y leyendo las futuras contribuciones que puedan aportarse al debate me convenza de que el Derecho penal tiene también un papel aquí. Si mis reparos en algo ayudan en la tarea de perfeccionar dichas construcciones, estaré más que satisfecho. Uno sería mucho más feliz contribuyendo en esa línea que con la sensación amarga de poner palos en las ruedas a los intentos de progreso social. Ojalá, en definitiva, que alguien responda a la pregunta más importante: ¿qué hacer?

5. Bibliografía

BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

BEADE/LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, pp. 135 ss.

BENITO SÁNCHEZ, «La alteración de la percepción: ¿eximente para delitos cometidos en contextos de exclusión social?», en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 147 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)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (68), 2015, pp. 237 ss.

CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, pp. 85 ss.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa.

———, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CASTILLO ARA, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht. Eine vergleichende Analyse des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

CIGÜELA SOLA, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-19), 2020, pp. 221 ss.

———, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Law and Philosophy*, 2023.

———, «Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad. Una crítica desde los postulados democrático-legalistas», 2023, en prensa.

———, «Our “Barbarians” at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, pp. 149-167.

COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semicitizens», *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, pp. 56 ss.

DA SILVA BENTES, «La aplicación del principio de la coculpabilidad como instrumento de una política criminal inclusiva», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, pp. 209 ss.

DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal, Tomo I*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895.

DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006.

FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2020.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1821.

HORMAZÁBAL MALARÉE, «Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 493 ss.

IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret*, (1), 2021, pp. 228 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021.

LORCA, «Punishing the Poor and the Limits of Legality», *Law, Culture and the Humanities*, (18-2) 2022, pp. 424-443.

LUNA HERNÁNDEZ, «Marginalidad en el Código penal colombiano. Contexto de análisis y reflexiones de pandemia», *Nuevo Foro Penal*, (97), 2021, pp. 141 ss.

MAÑALICH RAFFO, «Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal», en MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (coords.), *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, pp. 201 ss.

———, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 29 ss.

———, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 181 ss.

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

MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, pp. 513 ss.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MOLINA BLÁZQUEZ, «Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 109 ss.

MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

NEUBACHER/BÖGELEIN, «¿Criminalidad de los pobres-criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalitrantes», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, pp. 43 ss.

OBREGÓN GARCÍA, «La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 83 ss.

OLLÉ SESÉ, «El acusado víctima de aporofobia: culpabilidad y proceso penal», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107 ss.

OTERO GONZÁLEZ, *Culpabilidad y delincuentes peligrosos: las medidas de seguridad postpenitenciarias como respuesta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PANTALEÓN DÍAZ, «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, (9773), 2021, pp. 1 ss.

PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 117 ss.

PAREDES CASTAÑÓN, «Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 132 ss.

PAUEN, «Keine Unschuld ohne Schuldbegriff», en ROTH/HUBIG/BAMBERGER (eds.), *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, München, 2012, pp. 77 ss.

PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 17 ss.

PÉREZ CEPEDA, «Aporofobia y Derecho penal en el Estado Social», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 41 ss.

PUENTE RODRÍGUEZ, «Puertas abiertas por el reconocimiento expreso de la atenuación por dilaciones indebidas: cuasiprescripción y exclusión social», 2023, en prensa.

———, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

———, «Inmigración y delincuencia: medias mentiras frente a medias verdades», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, pp. 165 ss.

RIVERA LÓPEZ, «Castigo penal, injusticia social y autoridad moral», *Análisis Filosófico*, (35), 2015, pp. 167 ss.

ROBINSON, «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and “Rotten Social Background”», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2), 2011, pp. 53 ss.

ROBLES PLANAS, «Caso del *Leinenfänger*», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 111 ss.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

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*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta», en DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN, (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, BOE, Madrid, 2021, pp. 703 ss.

———, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

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

———, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2010.

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

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, pp. 1 ss.

VELÁZQUEZ VIOQUE, «Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 143 ss.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.