

Grau en Dret
Treball de fi de Grau (21067/22747)
Curs acadèmic 2020-2021

**LA VEU ESTRANYA DEL DRET PENAL:
EL PROBLEMA DE LEGITIMACIÓ DEL CÀSTIG DEL
DELINQÜENT POBRE**

Iris Rodríguez Pascal

NIA: 206290

Tutor del treball:

Jesús-María Silva Sánchez



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, *Iris Rodríguez Pascal*, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Iris Rodríguez Pascal
Londres, 25 de maig de 2020

RESUM

La comissió d'un delict per part d'una persona pobre desafia la legitimitat de la pena que el Dret li imposa. La recerca adreça la pèrdua de legitimitat des d'un punt de vista intern (existència del delict i responsabilitat criminal) i extern (finalitat de la pena i legitimitat de l'Estat per castigar). Conclou que la posició jurisprudencial actual desaconsella l'atenuació de la pena a través de les figures exculpatòries existents, així com la creació d'un eximent específic. Recolzant-se en la valuosa literatura al respecte, fa una valoració més positiva de l'exclusió del càstig per la pèrdua d'autoritat punitiva de l'Estat, atenent al paper fonamental que les institucions han exercit en la creació i agreujament de la situació de pobresa de l'individu. Tanmateix, l'article finalitza amb una advertència: la naturalesa i gravetat del dilema del delinqüent pobre requereixen d'una solució sensible i a llarg termini, que passa per l'adopció de polítiques socials, i no per la via penal, que en virtut del principi d'*ultima ratio*, ha de ser sempre l'última alternativa.

“¡Oh!, vosotros que hacéis las leyes y que juzgáis a los hombres, respondedme y decidme: Antes que éstos hubiesen caído en el delito, ¿qué habíais hecho por ellos? ¿Habíais educado tal vez su infancia? ¿Habíais aconsejado acaso su juventud? ¿Habíais aliviado su miseria? ¿les habíais dirigido mediante el trabajo? ¿les habíais inculcado deberes ciudadanos? ¿les habíais enseñado el contenido de las leyes? Vosotros, que os llamáis antorchas de la civilización, ¿Habíais iluminado alguna vez a aquellos que caminaban en las tinieblas de la ignorancia? Y si no habéis hecho nada de esto, que era vuestro deber, ¿cómo no vais a tener culpa en los delitos por ellos cometidos? Por tanto ¿quién os da el derecho de castigarlos?”¹

¹ L. Settembrini, *Ricordanze della mia vita*, vol. II, 1934, Principato, Milán, p. 41 en Silva Sánchez, J.M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2018.

ÍNDIX

INTRODUCCIÓ	3
PART 1: CONTEXTUALITZACIÓ POLÍTICA-FILOSÒFICA	5
1.1. La legitimació de l'Estat per a castigar	5
1.1.1. L'Estat democràtic	6
1.2. L'obligació de complir amb la llei	7
1.3. Distinció entre deures naturals i deures cívics.....	9
1.3.1. Deures de dignitat humana i de ciutadania.....	9
1.3.2. Delictes mala in se i mala prohibita	10
PART 2: NATURALESA PENAL DEL PROBLEMA	11
2.1. Justificació de l'antijuridicitat	11
2.1.1. Estat de necessitat justificant	12
2.1.1.1. El furt famèlic.....	12
2.1.1.2. Els correus de la droga	13
2.1.2. Exercici legítim d'un dret	15
2.1.2.1. Ocupació pacífica d'immobles.....	16
2.2. Exclusió de la culpabilitat.....	17
2.2.1. Inimputabilitat.....	17
2.2.1.2. Alteració de la percepció.....	18
2.2.2. Exigibilitat.....	19
2.2.2.1. Estat de necessitat exculpant	19
2.2.2.2. Por insuperable	20
2.2.3. Coneixement de l'antijuridicitat	20
2.2.3.1. Error de prohibició	20
2.3. Punibilitat: la inexigibilitat de la pena.....	21
2.3.1. Les teories de la pena.....	22
2.3.1.1. La teoria utilitarista de la pena	22
2.3.1.2. La teoria retributiva de la pena.....	23
2.3.2. La deslegitimació de l'Estat.....	23
2.3.2.1. L'argument de la corresponsabilitat	24
2.3.2.2. L'argument de la hipocresia	24
2.3.2.3. L'argument de la comprensió.....	25
PART 3: PROPOSTA DE SOLUCIONS	27
3.1. Una perspectiva global	27
3.2. Proposta de solucions	27
3.2.1. Atenuant de la pena.....	28
3.2.2. Exclusió del càstig	30

CONCLUSIONS	32
BIBLIOGRAFIA.....	33

INTRODUCCIÓ

Castigar una persona pobra incomoda. Una sensació d'injustícia s'alça quan s'imposa una pena de multa pel furt d'aliments bàsics en una gran superfície, o quan se sentència a pena de presó a la mare que transportava cocaïna en el seu organisme, per tal de cobrir l'operació d'un fill greument malalt. Quan una persona marginada socialment delinqueix, i és per tant posteriorment castigada per un sistema penal cada cop més punitiu, s'instal·la una intuïció generalitzada entre el gruix de la societat democràtica que indica que "alguna cosa" ha fallat en algun moment entre abans que l'individu decideixi delinquir i fins després d'haver estat sentenciat per la conducta il·lícita. Però, quan? En quin moment de l'anàlisi penal del delictes exerceix una incidència decisiva la situació de pobresa de l'autor criminal? Ens plantejem si en aquests casos no es pot parlar ni tan sols de l'existència d'un delictes, o si en canvi, la pobresa afecta a la responsabilitat individual del delinqüent. Però és possible que no es tracti de cap d'aquests dos casos, i que realment s'estigui davant d'un problema de magnituds supra-legals que s'estén més enllà de l'acció criminal concreta que s'està jutjant.

Partint de la classificació que realitza Silva Sánchez², el problema de la pobresa en la determinació de la responsabilitat criminal pot ser entès com un obstacle psicològic ("*¿De qué normas se me habla, si aquí no rigen?*") o com la falta de legitimitat del càstig estatal ("*¿Qué me exige usted ahora, si antes me abandonó?*"). El present treball tractarà ambdues perspectives, però donarà gran importància a la pregunta de fins a quin punt la condició de pobresa d'un delinqüent influeix en la legitimitat de la que disposa l'Estat per a castigar-lo.

En conseqüència, un dels objectius principals del projecte és determinar en quina fase de l'anàlisi jurídica té més incidència la circumstància personal d'exclusió social de l'individu, així com identificar els impediments que dificulten la seva apreciació satisfactòria en el panorama jurisprudencial actual. De manera paral·lela, la recerca busca oferir algunes solucions a nivell penològic, recolzant-se en l'extensa literatura que aquest debat ha generat.

Per tal d'assolir els objectius proposats, el projecte s'estructura en tres grans blocs: el primer busca contextualitzar dins del seu marc polític-filosòfic la discussió plantejada. Concretament, defineix conceptes tals com el d'exclusió social, estat democràtic i autoritat, al mateix temps que assenyalava la distinció entre deures naturals i cívics i el tractament diferenciat que aquests

² Silva Sánchez, J.M. "Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal", en Fernández Teruelo (ed.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 715-725.

mereixen. Un segon apartat aborda la tasca de localitzar el problema penal dins la teoria general del delictes. Adreça diferents moments de l'anàlisi: es planteja si la pobresa de l'autor del delictes podria constituir una causa de justificació (*estat de necessitat justificant* de l'article 20.5 del Codi Penal i *exercici legítim d'un dret* de l'article 20.7 CP), una causa d'exclusió de la culpabilitat (*anomalia o alteració psíquica* contemplada en l'article 20.1 CP, *alteració de la percepció* de l'article 20.3 CP, *estat de necessitat exculpant* de l'art. 20.5, *por insuperable* del 20.6 CP i *error de prohibició* del 14.3 CP) o bé si el problema se situa en la consideració de la punibilitat (valorant *la finalitat de la pena* i si l'*Estat està legitimat* per a imposar-la). El tercer i últim apartat, a través d'una breu presentació de diferents models polític-econòmics (estat del benestar, neoliberal, i híbrid), entra a determinar quines solucions legals resulten més idònies per emmirallar correctament el paper transcendental que la pobresa desenvolupa en la comissió de certs delictes. Les propostes giren al voltant de la ponderació entre l'atenuant de la pena o l'exclusió d'aquesta.

La metodologia del present projecte combina l'estudi de la literatura existent i les consideracions relatives a la teoria dogmàtica del delictes, així com a les tendències jurisprudencials actuals i les consideracions de diversos sistemes políticoeconòmics que esbossen l'existència d'una problemàtica de caire global.

Aquest projecte aborda una discussió amb una gran rellevància social: té implicacions greus i reals sobre un gran nombre d'individus, alhora que posa en dubte els valors de la societat democràtica com a conjunt. La seva aplicació pràctica significaria un canvi essencial (i necessari) en la societat i en la forma d'entendre i aplicar el dret. A més a més, aquest debat força als lectors a reflexionar sobre el rol que el dret penal desenvolupa actualment en el problema d'exclusió social (en gran part, selectiu contra els grups socials més desavantatjats, alhora que instrumentalitza la pobresa), així com a considerar el significat i límits del càstig estatal.

PART 1: CONTEXTUALITZACIÓ POLÍTICA-FILOSÒFICA

La pobresa ha estat relacionada tradicionalment amb les desigualtats econòmiques. En l'actualitat, però, la realitat política-social redefineix el concepte de pobresa per incloure factors de marginalització que van més enllà de l'àmbit estrictament econòmic. En el present treball, pobresa s'englobarà dins l'exclusió social, i per aquest motiu s'usaran ambdós termes indistintament. L'exclusió social es pot definir com “la situació en la que es troben aquells a qui se'ls hi ha impedit l'accés a béns i serveis que permeten un desenvolupament bàsic de la personalitat”³ Aquests béns o serveis són, entre altres, l'escolarització, la cultura, la vida familiar i social, l'assistència sanitària, l'accés al treball, o l'accés a les noves tecnologies⁴. Conseqüentment, el focus se situa en escenaris de pobresa causats, no per l'activitat de l'individu, sinó perquè l'Estat s'ha desentès del seu rol garant respecte una part de la població, provocant o facilitant una injustícia social. La privació tendeix a ser sistemàtica i permanent. Aquesta realitat suposa, per alguns autors⁵, el principal fracàs de l'Estat del benestar.

Les persones pobres en situació d'exclusió social han estat durament castigades per les tendències populistes que en els últims anys han influït en l'àmbit penal, provocant un fenomen batejat com “penalització de la pobresa”. Aquesta sobre-criminalització sembla evident quan s'observa la realitat estadística, i el perfil dels delinqüents que omplen les presons. El dret penal acaba dirigint el pes de la seva força “a les classes i grups racials que s'han tornat políticament i econòmicament problemàtics”⁶, coneguts en el món anglosaxó com la *underclass*.

1.1. La legitimació de l'Estat per a castigar

Per tal de poder castigar penalment a un individu, és essencial determinar si l'Estat disposa de l'autoritat necessària per a fer-ho. Una pena difícilment tindrà l'estatus de legal si no prové d'una font legítima. Tal com ho expressa l'autor anglès Antony Duff, la legitimitat del poder punitiu de l'Estat és una “pre-condició de la responsabilitat delictiva”⁷. Aquesta discussió sobre

³ Cigüela Sola, J. “Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido” Isonomía núm. 43, 2015, pp 129-150

⁴ Tal com Young assenyala (2003), aquells ciutadans que en societats desenvolupades no tenen accés a productes de tecnologia avançada (telèfon mòbil, ordinador o altres dispositius electrònics amb accés a internet) es troben en un alt risc d'exclusió. A dia d'avui, una gran part de les ofertes de treball es localitzen en aquests cercles informatius, i la falta de treball condiciona altres àmbits vitals com l'habitatge o l'oci. Aquesta situació s'ha vist agreujada per la recent pandèmia mundial causada per la propagació del virus COVID-19, que ha comportat la reducció dràstica de la socialització cara a cara i ha traslladat àmbits essencials com l'educació a una modalitat, en moltes ocasions, exclusivament telemàtica.

⁵ Autors com Cigüela, Duff, Young o Brandariz.

⁶ Garland, D. *La cultura del control*. Gedisa, 2005

⁷ Duff, A. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, 2015

la legitimitat de la pena deixa de banda la qüestió de si el subjecte és responsable de l'acció delictiva. Fins i tot assumint que ho sigui, el focus se situa sobre la posició legal i moral de la institució que pretén imposar el càstig. En paraules de G.M. Anscombe, “*uno puede ser injustamente tratado (...) al sufrir un trato merecido de manos de alguien que carece de derecho para infligirlo*”⁸.

Per contestar a la pregunta de com afecta la situació de pobresa de l'autor d'un delict a la legitimitat que té l'Estat per a castigar-lo, és necessari definir què és l'Estat, i si realment existeix una obligació d'obeir la llei. Aquestes preguntes han estat una fructífera font de debat per a la filosofia política.

L'Estat es pot definir com un grup de persones que tenen i exerceixen autoritat suprema en un territori en concret⁹. Així doncs, la característica distintiva d'un Estat és la possessió d'autoritat, definida també com a sobirania (que inclou tant la sobirania popular com la del monarca). Però, què és l'autoritat? Per a l'anarquista filosòfic Robert Paul Wolff, autoritat es defineix com un doble dret: el dret d'ordenar i el dret de ser obeït. Convé destacar que l'obediència a l'autoritat va més enllà de l'obligació de realitzar una conducta; és essencial que es realitzi l'acció ordenada “pel simple fet que s'ha ordenat”. Per tant, el què genera obediència és la “font” de l'ordre, i no el seu contingut.

1.1.1. L'Estat democràtic

L'home està condemnat a ser lliure, assegurava el filòsof francès Sartre¹⁰, referint-se a la idea d'autonomia i a l'assumpció de responsabilitat dels actes propis. L'autonomia s'ha definit com “auto-legislació”, o la consideració d'un mateix com l'autor de la pròpia vida. Implica, per tant, un deure de “no” realitzar una conducta només perquè així s'ha ordenat. En aparença, aquesta idea contradiu frontalment la noció d'autoritat, definida com l'obligació de dur a terme una acció simplement pel fet d'haver-se ordenat.

La democràcia apareix com una possible solució al conflicte entre autoritat i autonomia. Idealment, una democràcia directa garantiria el respecte als desitjos particulars dins d'una societat plural, ja que els individus obeirien només aquelles lleis que haguessin aprovat. A la pràctica, les democràcies acostumen a ser majoritàries. En aquest context, és possible l'aparició

⁸ Anscombe, G. E. M. “On the Source of the Authority of the State”, en Raz, J. (ed.): *Authority*, New York: NYU Press, 1990, pp. 142-173

⁹ Wolff, Robert Paul. *In Defense of Anarchism*, 1970: 55.

¹⁰ Sartre, Jean-Paul. *El existencialismo es un humanismo*, Orbis, 1984, pp. 68- y 69.

de conflictes que soscavin l'autoritat de l'Estat i amenacin la legitimitat per exercir el seu poder punitiu.

La concepció acceptada majoritàriament és que la relació que manté l'Estat amb la ciutadania es basa en el principi de reciprocitat¹¹. D'acord amb aquesta teoria, l'Estat ofereix als seus ciutadans la garantia formal i material d'uns drets fonamentals, a canvi de l'obediència a les seves lleis. L'existència de la pobresa implica un desequilibri entre aquestes responsabilitats. Com molt bé sintetitza l'autor Javier Cigüela, la qüestió decisiva és si s'han de reconèixer obligacions a qui no participa del repartiment dels drets. O en altres paraules, ens plantegem si les persones excloses socialment segueixen compel·lides a obeir la llei que els margina.

1.2. L'obligació de complir amb la llei

Diversos corrents de pensament han intentat respondre a la pregunta de si existeix una obligació de complir amb la llei. La posició de Robert Paul Wolff, i de l'anarquisme filosòfic en general, és clara: mai existirà una obligació d'obeir la llei, ja que la màxima font de legitimació prové de l'autonomia i no de l'autoritat. Per a Joseph Raz, autor positivista, només es té l'obligació d'obeir quan realitzar l'acte mandat ajudarà a l'individu a aconseguir el que vol. En altres paraules, i sense entrar en profunditat en la seva teoria, Raz defensa una "normativitat justificada" que implica que l'individu ha de considerar un precepte legal com a just i l'ha d'adoptar en el que ell considera "que s'ha de fer". Només així la norma estarà justificada, i existirà una obligació de complir amb la mateixa.

De forma interessant pels propòsits del present projecte, John Rawls, fundador del liberalisme igualitari, sosté que s'ha d'obeir la llei fins i tot quan és injusta¹², sempre que l'estructura bàsica de la societat resulti raonablement justa. L'autor de *A Theory of Justice* reconeix que la societat ideal no existeix, i que certes injustícies o el mal funcionament de les institucions són fins a cert punt admissibles. Tot i així, Rawls admet que no existirà una obligació de complir amb la llei en els casos en què la injustícia arribi a la consideració de "grotesca".

¹¹ "La relació entre ciutadà i Estat és necessàriament una relació recíproca" Murphy, J. "Marxism and retribution", *Philosophy & Public Affairs*, no. 2, 1973, pp. 217-243.

¹² "The injustice of a law is not, in general, a sufficient reason for not adhering to it any more than the legal validity of legislation (as defined by the existing constitution) is a sufficient reason for going along with it". Rawls, J. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp 350-351

Per a autors com Habermas la problemàtica sorgeix del “principi del discurs”. Tal teoria fonamenta la legitimitat del sistema jurídic en la condició que aquells a qui va dirigit hagin pogut prestar el seu consentiment com a partícips en discursos racionals. Si s’accepta aquesta definició de democràcia deliberativa, les persones marginades no es veurien obligades a complir amb la llei. Això és així perquè difícilment es pot justificar que els pobres tinguin, en primer lloc, el nivell de socialització suficient per participar en aquestes deliberacions, i en segon lloc, que en una circumstància hipotètica tal com la que planteja Habermas haguessin acceptat l’aplicació d’unes normes que els discriminen¹³. I són normes necessàriament discriminatòries, ja que és presumible que l’Estat esbiaixi a favor d’aquells que sí tenen un paper decisiu en la presa de decisions (dit d’una altra manera, a favor dels “inclosos”), continuant així les desigualtats socials.

La problemàtica va més enllà del fet que els pobres no participin del procés deliberatiu de la comunitat i per tant, que difícilment es pugui dir que han acceptat les polítiques que se’ls imposen. A part de la dimensió política, resulta transcendental el fet que els Estats, enlloc d’optar per polítiques assistencials dirigides a la integració dels col·lectius exclosos socialment, contribueixen a la seva estigmatització, reclusió i distanciament¹⁴. Per consegüent, l’arrel del conflicte es localitza en el tracte que l’ordenament jurídic dispensa a les persones excloses socialment. Molt sovint, l’Estat vulnera la dignitat dels pobres al no tractar-los com a iguals dins la comunitat.

En resum, des del punt de vista de la teoria legitimadora sostinguda en aquest treball, és a dir, la de reciprocitat cívica, l’obligació de complir amb la llei es veu amenaçada quan l’Estat exclou als individus dels beneficis de la cooperació ciutadana. En aquest context, ens qüestionem si segueix existint un deure d’obeir la llei o si en canvi, ens trobem davant d’una causa d’exempció o justificació de la responsabilitat criminal. Per a resoldre aquesta qüestió, serà essencial fer la distinció entre deures naturals i deures cívics, també anomenats deures de dignitat humana o de ciutadania respectivament, així com determinar quin tractament (diferenciat) mereixen.

¹³ Cigiuela, 2015

¹⁴ Young, Y. *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. Marcial Pons, 2003.

1.3. Distinció entre deures naturals i deures cívics

El principi de reciprocitat cívica o el principi del discurs, així com les altres teories anàlogues que fonamenten la legitimació de l'Estat per a castigar i l'existència o absència d'un deure per part dels individus d'obeir la llei en el vincle social de la ciutadania, plantegen la necessitat de realitzar una distinció especialment important pels propòsits del present treball.

De les consideracions anteriors no es deriva la idea que els membres d'una societat injusta estiguin sempre exempts d'obeir la llei. Els grups que han sofert una injusta discriminació social-econòmica segueixen lligats per deures morals envers els altres, i fins i tot envers els seus opressors. D'aquesta manera, molts han assenyalat l'existència de dos tipus de deures: els cívics i els naturals.

Els deures naturals són aquells vinculants per la simple virtut de la humanitat. Tothom està obligat a complir-los, independentment de les condicions en les que visqui. Alguns exemples no exhaustius d'aquests deures serien el de no matar, no ser cruel, o el d'ajudar a aquell que ho necessiti quan fer-ho no és excessivament arriscat per a la pròpia integritat. En contraposició, existeixen uns altres deures que provenen de la cooperació social entre ciutadans, i només són obligatoris en quant es forma part d'aquesta comunitat. Sense intentar determinar exactament quins d'aquests tipus penals s'adjudiquen en una o altra categoria, delictes com la prostitució, l'evasió fiscal o la venda de drogues a adults informats podrien derivar de la cooperació social, i no d'un deure natural que es té per motiu de la dignitat humana¹⁵.

1.3.1. Deures de dignitat humana i de ciutadania

Javier Cigüela usa una altra nomenclatura per referir-se al mateix fenomen, i localitza uns deures relacionats amb la noció de dignitat humana (que impliquen el respecte a la integritat física i psíquica, a la vida i a la llibertat sexual) i uns deures relacionats amb la noció de ciutadania (que es relacionen amb béns jurídics com la propietat, l'ordre o la salut pública). Els deures naturals són recognoscibles per a tothom, inclosos aquells en situació d'exclusió, ja que reconeixen en les potencials víctimes els mateixos valors humans que s'apliquen a ells mateixos. En canvi, aquest exercici mental de reconeixement dels deures com a propis es complica quan entren en joc béns secundaris derivats de la condició ciutadana. En poques paraules, les persones pobres consideren els demés com a iguals en relació a l'estatus de persona, però no així en relació amb l'estatus de ciutadà.

¹⁵ Cigüela, 2015.

A tall d'exemple, Cigüela cita el cas d'un sense-sostre que viola una llar per a refugiar-se de les inclemències del temps. Segons ell, en aquest supòsit, l'individu no hauria de ser castigat com a reu d'un delictes de violació del domicili (article 202 CP), deixant de banda la consideració de si l'autor es troba o no en una situació de necessitat justificant (escenari que s'adreçarà més endavant en el treball). La valoració canviaria si un cop a l'interior de l'habitatge la persona pobre atemptés contra la integritat dels inquilins. Això és així perquè el respecte a la vida humana és un deure que l'individu reconeix independentment del seu estatus com a ciutadà d'una comunitat.

1.3.2. *Delictes mala in se i mala prohibita*

A partir de la dicotomia anterior es diferencien també els delictes *mala in se* i els delictes *mala prohibita*. Els primers tipifiquen com a conductes inherentment antijurídiques aquelles que es relacionen amb els deures naturals o de dignitat humana. Els segons, en canvi, són conductes penades per convenció social, i és possible que en certs Estats es castiguin i en altres no. En poques paraules, en els primers la conducta és recriminable perquè està malament, mentre en els segons és reprotxable perquè la conducta està prohibida¹⁶.

Aquestes distincions són essencials per assolir els objectius del treball: ubicar dins el sistema penal el problema legal de castigar als individus en estat de pobresa, així com valorar quina és la solució que més s'apropa a la idea de justícia social. La legitimitat del càstig estatal està estretament relacionada amb si els delictes comesos han estat *mala in se* o *mala prohibita*; o en altres paraules, si violen béns inherents a la condició humana o interessos derivats de la cooperació ciutadana.

¹⁶ “*Prima ergo est mala, quia mala: Secunda autem mala quia prohibita*” Octavio Maria A S. Joseph *Repertorium morale utriusque fori Pars Prima*.

PART 2: NATURALESA PENAL DEL PROBLEMA

Segons la teoria general del delictes, basada en el model alemany i adoptada pel legislador espanyol, el delictes és una conducta humana antijurídica, culpable i punible. L'existència o no de causes de justificació o d'exclusió d'aquestes categories comporta des de l'eximent complerta a la plena responsabilitat de l'individu. La finalitat d'aquest epígraf és analitzar i situar en quina categoria de l'esquema penal té més incidència la pobresa de l'autor d'un delictes. Per fer-ho, es considera aquesta circumstància des d'una perspectiva interna de l'individu (justificació de l'antijuridicitat i exclusió de la culpabilitat) així com des d'una perspectiva externa que desafía la legitimitat de les penes estatals (punibilitat).

2.1. Justificació de l'antijuridicitat

Per tal que una conducta sigui considerada un delictes, ha d'ésser forçosament antijurídica. La categoria de l'antijuridicitat requereix l'existència d'un comportament humà típic (és a dir, previst per alguna norma penal) i la no concurrència de causes de justificació. La Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal (CP) contempla tres causes de justificació de l'antijuridicitat, a saber: la legítima defensa (article 20.4 CP), l'estat de necessitat (article 20.5 CP) i el compliment d'un deure i exercici d'un dret (article 20.7 CP). La concurrència d'alguna d'aquestes circumstàncies pot donar lloc a un eximent complert (la conducta és típica però no antijurídica, i per tant no procedeix la imposició d'una sanció) o bé a un eximent incomplert (disminució en un o dos graus la pena imposada¹⁷).

La pobresa ha tingut doctrinalment una destacada incidència en la menor reprovabilitat de la conducta típica a través de la figura de l'estat de necessitat. El seu anàlisi es complementa aquí amb l'aportació de dos supòsits exemplificadors: un de clàssic però en vigència, conegut com a furt famèlic, i un altre de creixent interès actual, els anomenats correus de la droga. En el present projecte també s'analitza la idoneïtat d'aplicar la defensa de l'exercici legítim d'un dret (article 20.7 CP), malgrat que tant la jurisprudència com la doctrina han rebutjat aquesta via. Per fer-ho, el text se serveix del supòsit d'usucapció no ideològica de la propietat pública per part de persones sense-sostre.

¹⁷ Les causes de justificació incomplertes estan recollides en l'article 21.1 del Codi Penal espanyol. Les conseqüències de l'eximent incomplert (la imposició de la pena inferior en un o dos graus) es troben en l'article 68 del mateix cos legal.

2.1.1. Estat de necessitat justificant

L'Estat de necessitat com a causa de justificació de l'acció típica es troba recollit en l'article 20.5 del Codi Penal espanyol. S'aplica a tots aquells que lesionin un bé jurídic o infringeixin un deure "per tal d'evitar un mal propi o aliè". El precepte exigeix tres requisits: en primer lloc, que el mal causat no sigui major que el que es tracta d'evitar; en segon lloc, que la situació de necessitat no hagi estat provocada intencionalment pel subjecte; i finalment, que l'individu no tingui, per raó de càrrec o ofici, l'obligació de sacrificar-se.

La doctrina dominant distingeix dos tipus d'estats de necessitat: un justificant i un exculpat. Es diferencien no només per la fase de l'anàlisi jurídica en la que es localitzen (antijuridicitat i culpabilitat, respectivament), sinó també per la col·lisió d'interessos que contemplen. En el cas de l'estat justificant, el mal causat ha d'ésser menor al mal evitat, i s'ha de salvar el bé o interès de major valor. En canvi, en l'estat exculpat, el mal causat és igual a l'evitat, però el bé lesionat és igual o superior al que se salva.

2.1.1.1. El furt famèlic

Sovint, al parlar de l'estat de necessitat, se cita l'exemple medieval del furt famèlic. El problema d'aquest supòsit, així com de la present causa de justificació en general, són els seus exigents requisits, que restringeixen enormement l'esfera d'aplicació. Particularment, ens referim a la proporcionalitat dels mals, que s'estima considerant el valor dels béns i el grau de perill. D'aquesta manera, només estarien emparats per la present justificació supòsits molt concrets: un furt en un supermercat per una persona pobra seria excusable si no hagués estat disponible un mitjà típic menys lesiu (per exemple, menjadors socials o banc d'aliments) i si els productes sostrets fossin de primera necessitat. La no concurrència d'aquests requisits comportaria la impossibilitat d'aplicar l'eximent complert.

No és d'estranyar, per tant, que l'estat de necessitat hagi estat entès tradicionalment com una ètica de la supervivència o d'un estat d'emergència. En els seus orígens, el furt famèlic només s'apreciava quan la gravetat de la fam era tal que suposava un greu risc de mort. Es pot observar també com els béns o interessos en conflicte són dispars i no equiparables (la vida de l'individu en estat d'inanició o mort de fred en contraposició amb el valor de la propietat de l'aliment o l'abric sostrets). Aquesta concepció tan restringida i extremista xoca frontalment amb els principis de justícia que abandera el projecte europeu iniciat després de la Segona Guerra Mundial, l'Estat del Benestar, que busca no només evitar el cas més extrem i fatídic, és

a dir, la defunció a conseqüència de les penúries econòmiques, sinó també la garantia d'unes condicions de vida dignes i igualitàries.

És cert que la noció d'estat de necessitat ha patit una flexibilització en els últims temps. La recent evolució de la jurisprudència ha optat per ampliar l'àmbit d'aplicació del precepte, i alguns autors fins i tot suggereixen que seria possible aplicar per via anàloga l'estat de necessitat en casos de greu crisi econòmica¹⁸. Les principals modificacions jurisprudencials contempnen donar una definició més extensiva del que s'entén com a "mal" (permet abraçar casos més enllà de la inanició) i ampliar les conductes que el precepte cobreix (incloent, per exemple, l'estafa i no només el furt famèlic).

Malgrat les circumstàncies acabades de descriure, els inconvenients per aplicar aquesta figura als delictes comesos per persones pobres sobrepassen la seva idoneïtat. La jurisprudència encara exigeix que el mal que es vol evitar sigui real, greu i immediat; que s'hagin esgotat les altres vies o mitjans (menys lesius i normalment legals); i que els béns obtinguts per la conducta es destinin exclusivament a cobrir la necessitat que l'ha causada. Així mateix, un altre element que indica la inadequació d'aquesta justificació per donar resposta a la qüestió central del treball és que en casos d'estat de necessitat, l'exempció de responsabilitat criminal no comprèn la responsabilitat civil (article 118.3 CP).

2.1.1.2. Els correus de la droga

Un camp on s'ha discutit fructíferament l'apreciació de l'estat de necessitat en els últims temps ha estat en els coneguts correus de la droga. En atenció a aquests supòsits, els tribunals han proporcionat significatives guies interpretatives de la figura que ens ocupa. Destaca especialment l'argument que els mals en conflicte no són equiparables, i el principi de manteniment del "statu quo".

"Correus de la droga" és el nom amb el que es coneix la forma d'introduir cocaïna a Espanya des de diversos països de Llatinoamèrica, habitualment des de Colòmbia. Les "mules" són les persones encarregades de transportar la substància il·legal en el seu aparell digestiu, i es caracteritzen per no desenvolupar cap més paper, ni abans ni després, en el negoci de la droga. Quan són detinguts a la frontera espanyola, se'ls acusa d'un delicte contra la salut pública

¹⁸ Feijoo Sánchez, B. "Crisis económica y derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y conflictividad social", en Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (eds.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, pp 53 i ss.

(article 368 CP). La circumstància més destacable d'aquests supòsits és el fet que la majoria d'inculpats provenen d'un fons d'extrema precarietat i penúries econòmiques en el seu país d'origen, circumstància que els ha impulsat a participar en el negoci delictiu.

Tal com el magistrat del Tribunal Suprem, Perfecto Andrés Ibáñez, exposa¹⁹, els inculpats estàndard d'aquests delictes solen ser “*víctimas de las más lamentables condiciones de vida*”, que es troben en una posició precària en el procés penal que no els permet acreditar degudament l'estat de necessitat. Reconeix que “[el] *actual destinatario por antonomasia de la aplicación del art. 369.3º del C Penal [actual 369.5º], procede de los estratos sociales más bajos de países en los que la salud y la subsistencia como derechos son pura retórica constitucional*”. I conclou que aquesta conducta tràgica expressa “*un drama personal que no debería ser indiferente para el derecho*”.

Tanmateix, la posició majoritària de la jurisprudència espanyola ha estat una escassa disposició a admetre l'estat de necessitat com a causa de justificació en els supòsits dels correus de la droga. Malgrat un posicionament més flexible en els casos en què l'acusat tingué al seu càrrec la cura de familiars greument malalts²⁰, el cert és que el Tribunal Suprem ha mantingut una visió rígida sobre la capacitat exculpatòria de l'estat de pobresa dels infractors, fonamentant la seva decisió principalment sobre dos arguments.

En primer lloc, el Tribunal Suprem sosté que els mals contraposats no són equiparables, ja que el mal causat pel tràfic de drogues és major al que provoca la situació de greu penúria econòmica de l'autor del delicte. La doctrina majoritària considera que el tràfic de drogues constitueix actualment “*uno de los males sociales más graves*”²¹. En segon lloc, el tribunal defensa que l'exclusió de responsabilitat en aquests supòsits provocaria un efecte crida o de generalització d'aquestes conductes indesitjables²².

¹⁹ Vot particular de Perfecto Andrés Ibáñez, en la STS 81/2001, 24 de Enero de 2001

²⁰ El Tribunal Suprem espanyol ha apreciat en diverses ocasions un eximent incomplert en el cas que el mal a evitar fos la mort quasi segura d'un familiar greument malalt (respecte el qual l'autor tingué una posició de garant) i quan l'única forma de costejar una operació o uns tractaments de vital importància fos a través de la conducta típica (tràfic de drogues). Veure per exemple, STS 1352/2000, 24 de Juliol de 2000.

²¹ “... *en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera*”. STS 3764/1997, de 5 d'octubre de 1998.

²² És discutible que l'apreciació de l'estat de necessitat per part dels tribunals comporti un perill multiplicador, o per utilitzar un terme anglès, un fenomen de “*slippery slope*”. Principalment, pel reduït sector de la població que es troba en casos d'extrema pobresa o pel fet que la situació de necessitat només es dona en un període de temps limitat i concret, quan concorren tots els requisits del tipus. Per a una crítica més extensa sobre la correcció d'aquests dos arguments, veure els treballs de Cigüela i Martínez Escamilla.

En poques paraules, el major handicap d'aplicar la pobresa com a causa d'exclusió de la responsabilitat criminal a través de la figura de l'estat de necessitat és el reduït ventall de casos que els tribunals estarien disposats a apreciar. Gran part de la doctrina que el Tribunal Suprem sosté en els supòsits dels correus de la droga són extrapolables a altres delictes connectats amb la situació de pobresa dels seus autors. No seria d'estranyar que, per exemple, en casos de violació del domicili per part d'una persona indigent, els cossos judicials apreciessin incompatibilitat dels mals en conflicte o bé esgrimissin l'argument que la seva justificació comportaria la incentivació i normalització de tal conducta.

No és baladí recordar aquí la distinció realitzada en el capítol anterior, entre delictes *mala in se* i *mala prohibita* (relacionats amb els deures naturals i cívics respectivament). Els dos exemples que s'han explorat en aquest apartat, és a dir, furt famèlic i correus de les drogues, suposen la violació de béns i interessos fruit de la cooperació ciutadana (la propietat d'una gran superfície i la salut pública). Aquesta comprensió se suma a la crítica que es pot realitzar a la doctrina jurisprudencial actual, que menysprea la forta incidència que té la pobresa en la presa de decisions i la realització d'accions per part d'aquells que la pateixen.

2.1.2. *Exercici legítim d'un dret*

L'apartat setè de l'article 20 del Codi Penal espanyol contempla l'exempció de responsabilitat criminal d'aquells que "obrin en compliment d'un deure o en l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec". Aquest article pot tenir incidència sobre el tema cabdal del treball si s'admet que la conducta delictiva és en realitat l'exercici d'un dret legítim. Concretament, dels drets socials i econòmics que l'Estat, en contra del seu mandat constitucional, no ha estat capaç de garantir en els casos d'exclusió social. Recollits en la Constitució Espanyola, aquests són, entre altres: el dret a un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans, que inclou l'assistència i les prestacions socials suficients en casos de situacions de necessitat com les derivades de l'atur (article 41), el dret d'accés a la cultura (article 44), el dret a gaudir d'un habitatge digne i adequat (article 47) o el dret a la suficiència econòmica dels ciutadans de la tercera edat a través de les pensions (article 50), entre altres.

La discussió primordial, i principal causa de rebuig d'aquest eximent per part de la jurisprudència i la doctrina, és la protecció que la Constitució proporciona a aquest tipus de drets. Sota la rúbrica "principis rectors de la política social i econòmica", la majoria de drets socials, econòmics i culturals es troben en el Capítol III del Títol I de la norma magna, i gaudeixen d'una protecció menor que els drets del capítol anterior (drets lliberals i polítics, com

el dret a la integritat física i moral de l'article 15 CE o la llibertat d'expressió de l'article 20 CE). Els mecanismes de garantia dels drets socials es troben contemplats en l'article 53.3 CE²³. Aquestes normes constitucionals disposen d'eficàcia indirecta, el que suposa que necessiten un desenvolupament legislatiu més enllà del text constituent per poder ser exigits. La postura tradicional ha estat resoldre que aquesta categoria de drets fonamentals no són subjectius i que per tant, no són susceptibles de tutela jurídica per la seva simple presència constitucional.

2.1.2.1. Ocupació pacífica d'immobles

Per tal d'aprofundir en la valoració de la circumstància modificadora de responsabilitat de l'article 20.7 CP i en la discussió plantejada en les línies superiors, l'anàlisi se centra ara en un dret concret (dret a l'habitatge digne) i en un delictes relacionat amb el mateix (l'ocupació pacífica de béns immobles o violació del domicili).

Tot ciutadà espanyol té dret a un habitatge digne i adequat en virtut de l'article 47 de la norma constitucional. El precepte també preveu que “els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les normes pertinents per tal de fer efectiu aquest dret”. Malgrat que la jurisprudència²⁴ i la doctrina majoritària neguen que per sí sol pugui ser al·legat davant d'un tribunal, alguns autors defensen el seu estatus de dret subjectiu²⁵. Coincideixen, però, en que l'exercici d'aquest dret a través de la conducta delictiva només estarà justificat si queda acreditat que als infractors els manquen els recursos econòmics suficients per accedir i conservar un habitatge a través de les vies legals existents.

Què passa quan els poders estatals, en contra de la seva obligació constitucional, no aconsegueixen fer efectiu per als seus ciutadans l'accés a un habitatge digne i adequat? En aquesta situació podria radicar la justificació de l'ocupació no violenta d'un immoble. El delictes de violació del domicili (article 202-203 CP) s'entendria llavors com una espècie d'autotutela. Algunes precisions són necessàries: en primer lloc, i tal com s'ha enunciat, és necessari que l'individu es trobi realment en una situació de precarietat econòmica tal que l'ocupació d'un bé immoble resulti l'única alternativa de la que disposa per accedir a un habitatge. En segon lloc,

²³ Article 53.3 de la Constitució Espanyola: “*El reconeixement, el respecte i la protecció dels principis reconeguts en el Capítol Tercer informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics. Només podran ser al·legats davant la Jurisdicció ordinària d'acord amb allò que disposen les lleis que els desenvolupen*”.

²⁴ “*El derecho a una vivienda digna (...) no genera por sí solo un derecho susceptible de reclamación, al tratarse de una invitación de los poderes públicos para que faciliten dicho disfrute dentro de las posibilidades económicas*”. ATC 223/2005, de 24 de maig.

²⁵ López Ramón, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, 2010 i Mirapeix Lacasa, N. “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 20, 2018. pp 20–22.

és essencial realitzar un judici de proporcionalitat per tal de determinar quin és l'interès preponderant (si el dret a un habitatge digne o el dret a la propietat). Autors com Mirapeix Lacasa conclouen que per apreciar l'eximent de l'article 20.7 CP, la usucapió s'ha de realitzar sobre immobles de titularitat pública, que es trobin en desús i sobre els que no es plantegi cap projecte d'interès social. Només en aquests supòsits es podria vèncer el judici de proporcionalitat i donaria lloc a l'eximent.

Com s'ha vist, les figures analitzades en la categoria de justificació de l'antijuridicitat no apareixen com la solució més idònia per apreciar la real incidència de la pobresa sobre l'autor delinqüent. La vehement reticència per part dels tribunals d'aplicar l'article 20.7 CP, així com els durs requisits que imposa en l'apreciació de l'estat de necessitat (que per la seva banda, és la causa que tradicionalment s'ha emprat per valorar específicament supòsits d'extrema precarietat), fan d'aquestes justificacions unes respostes insuficients.

2.2. Exclusió de la culpabilitat

Continuant amb la valoració general del delicte, i abandonant la categoria d'antijuridicitat, en aquest apartat s'analitzaran algunes de les causes legals que tradueixen els efectes de l'exclusió social sobre la culpabilitat de l'infractor. Per tal que s'aprecii la plena culpabilitat, és necessari que l'autor del delicte disposi de certes capacitats cognitives que li permetin reconèixer les normes socials i unes altres de volitives per ajustar la seva conducta a les regles compreses. Com es veurà, la pobresa és analitzada aquí com una dificultat psico-social per conèixer i actuar conforme la norma legal, que podria arribar a comportar en certs casos l'exclusió de la responsabilitat penal de l'infractor.

S'adrecen tres categories que constitueixen causes d'exclusió de la culpabilitat: en primer lloc, la *inimputabilitat*, i concretament pels propòsits d'aquest treball, les figures de l'anomalia o alteració física i la de l'alteració de la percepció. En segon lloc l'*exigibilitat*, en la qual destaca la menció de l'estat de necessitat exculpan i de la por insuperable; i finalment, el *coneixement de l'antijuridicitat*, amb la valoració de l'error de prohibició.

2.2.1. Inimputabilitat

La figura de la imputabilitat entra a determinar si el subjecte es podria haver comportat d'una manera diferent a la conducta típica. En la teoria dogmàtica del delicte existeixen quatre tipus de causes d'inimputabilitat: la minoria d'edat (article 19 CP), l'anomalia o alteració psíquica (art. 20.1 CP), la intoxicació (art. 20.2 CP) i finalment, l'alteració de la percepció (art.

20.3). D'aquestes, dues podrien apreciar la circumstància d'exclusió de l'autor del delictes, i són les que s'exposen a continuació.

2.2.1.1. Anomalia o alteració psíquica

Aquesta figura eximeix de responsabilitat criminal a qui en el moment de cometre la infracció penal, a causa de qualsevol anomalia o alteració psíquica, no pugui comprendre la il·licitud del fet o actuar d'acord amb aquesta comprensió (article 20.1 del Codi Penal). S'associa amb malalties permanents o trastorns mentals transitoris com la psicosis (tant per causes endògenes com l'esquizofrènia, com per causes exògenes com les originades per l'abús d'alcohol i drogues), la psicopatia, la neurosis (com la ludopatia o la cleptomania) i el retard mental traumàtic o oligofrènic (de naixement).

Desafortunadament, en moltes ocasions, l'extrema pobresa i el fracàs per integrar-se en la societat, degut a factors marginalitzadors com perdre la feina, no poder pagar el lloguer, ser receptor d'ajudes públiques o la frustració de no poder oferir als fills tot allò que com a pare o mare voldria, poden portar a l'individu a caure en l'alcoholisme i la drogodependència. Si bé això és cert, l'alteració psíquica resultant no es podria imputar en un judici a la pobresa, més enllà de com a explicació causal.

Un àmbit que sí que es podria explorar seria l'apreciació d'un trastorn mental transitori per causes exògenes, és a dir, per motius externs a l'individu, com el que dona lloc una situació vital extremadament difícil. En alguns casos, aquesta precarietat econòmica-social podria comportar una pertorbació plena (que donaria lloc a un eximent ple de l'article 20.1 CP) o notable (on procediria l'eximent incomplet de l'article 21.1 CP), que determinés anormalitat en el coneixement de la situació o en les condicions d'autocontrol.

Com s'ha pogut veure, es parla aquí de casos extrems amb conseqüències psicològiques molt greus per a l'individu marginat. L'aplicació d'aquesta figura serà, per tant, residual, reservada per a circumstàncies molt específiques, i no és la solució genèrica que s'està buscant en aquest treball.

2.2.1.2. Alteració de la percepció

L'article 20.3 de la Llei Orgànica 10/1995, recull com a causa d'inimputabilitat l'alteració greu de la percepció des del naixement o infància que afecti severament a la consciència de la realitat. Tradicionalment s'ha relacionat amb casos greus com la sordmudesa congènita o la

incomunicació total amb la societat que incapacita al subjecte per rebre i interioritzar la norma jurídica (els anomenats casos de nens salvatges o “nens-llop”).

Aquest eximent es pot interpretar des d’una òptica perceptiva-sensorial o bé social-cultural. D’acord amb l’última visió, és possible que els infants que han viscut en barris especialment marginals hagin patit un subdesenvolupament cultural on certes conductes delictives hagin estat integrades i normalitzades. Les escasses oportunitats per conèixer altres patrons de comportament, especialment a través de l’educació, així com certes predisposicions biològiques, podrien agreujar aquesta l’alteració de la percepció i el coneixement de la norma.

L’actual figura (article 20.3 CP), així com la ressenyada anteriorment (art. 20.1 CP), s’apliquen a casos molt limitats, on existeix una circumstància modificadora de la percepció des de la infància i on l’individu, al créixer, no ha disposat d’una oportunitat adequada per obtenir consciència de la realitat (es descarten els casos en què voluntàriament la persona rebutja aquesta socialització). A més a més, alguns crítics han assenyalat²⁶ que l’eximent d’alteració de la percepció resulta prescindible i confusa, al solapar-se en certa manera amb l’eximent d’anomalia o alteració psíquica (art. 20.1 CP) o amb el d’error de prohibició (article 14.3 CP), que es tractarà més endavant.

2.2.2. *Exigibilitat*

2.2.2.1. *Estat de necessitat exculpat*

L’Estat de necessitat exculpat és una causa d’inexigibilitat, juntament amb la por insuperable. Es troba recollit en l’article 20.5 del Codi Penal, és a dir, comparteix la mateixa regulació que el seu homònim justificant. La seva valoració és per tant similar a la de l’estat justificant, i ha seguit les mateixes línies jurisprudencials, malgrat que la dogmàtica sí recull la dualitat.

Segons la doctrina, aquesta figura, al contrari que la imputabilitat, reconeix que l’individu hauria pogut actuar de forma diferent, però que aquesta possibilitat es trobava considerablement reduïda per la concurrència d’un estat de necessitat. És a dir, existia un conflicte entre dos béns jurídics o deures, en el que per evitar un mal s’havia de causar un altre. La causa exculpat cobreix els supòsits en què hom busca salvar un determinat bé sacrificant-ne un altre d’igual o més valor. Respecte a la idoneïtat d’apreciar aquesta circumstància exculpatòria, i atenent al fet

²⁶ Sánchez Vilanova, S. “Reflexiones sobre la virtualidad de las alteraciones en la percepción”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, no. 19, 2015, pp 437-449

que la resposta dels tribunals ha estat similar a la de la figura de l'estat de necessitat justificant, el text es remet aquí al que allà ha exposat.

2.2.2.2. Por insuperable

La por insuperable és un eximent de la responsabilitat criminal recollit en l'article 20.6 del Codi Penal que rarament ha estat advocat, i molt menys apreciat, pels tribunals de justícia respecte la inexigibilitat de la conducta delictiva de l'autor pobre. El precepte comprèn aquelles situacions en què el subjecte actua impulsat per l'amenaça real, seria i imminent d'un mal que afecta la seva normalitat motivacional. La valoració d'aquesta situació s'ha de realitzar des de l'òptica de "l'home mig" (el que el comú dels homes, en les mateixes condicions personals, físiques i mentals, s'hauria vist compel·lit a fer), però apreciant la situació psicològica de l'individu en concret.

És possible imaginar un cas en què la pressió de les circumstàncies portés a la persona en situació de precarietat econòmica a delinquir, sobretot si sota el seu càrrec tingués la cura de nens petits o de persones vulnerables. El temor a que els passés algun mal o bé que els Serveis Socials actuessin per prendre-li la custòdia, podria disminuir notablement la seva capacitat electiva. Si bé és possible que en aquests casos la persona hagués pogut actuar d'una altra manera, optant per les vies legals d'assistència social (és a dir, la por fos superable), sempre que l'amenaça del mal fos suficientment real i acreditada, els tribunals podrien apreciar un eximent, si no complert, almenys incomplert.

Aquesta, però, no és la posició adoptada per la jurisprudència, ni tampoc l'argument habitual de la defensa. En la majoria de supòsits en què es donen les circumstàncies descrites, la via més comuna d'actuació és la d'al·legar estat de necessitat. Ara bé, és interessant assenyalar aquí la reflexió de Mirapeix Lacasa, que proposa aplicar l'eximent de la por insuperable (art. 20.6 CP) quan no es compleixen tots els requisits de l'estat de necessitat (art. 20.5 CP).

2.2.3. Coneixement de l'antijuridicitat

2.2.3.1. Error de prohibició

L'error de prohibició es troba recollit en l'article 14.3 del Codi Penal espanyol. El precepte assenyala que l'error invencible sobre la il·licitud del fet constitutiu de la infracció penal exclou de responsabilitat criminal. També recull la possibilitat que l'error sigui vencible, quan es podria apreciar un eximent incomplert (reducció de la pena). Aquesta causa d'exclusió de la

culpabilitat implica el desconeixement de la il·licitud o la creença de licitud de l'acte antijurídic (normalment, per la creença que s'actua emparat per una causa de justificació que realment no existent, o bé, pel desconeixement dels límits normatius d'una causa de justificació real).

El cas per antonomàsia que s'ensenya a les facultats de dret és el del "delicte culturalment motivat". En ell, persones d'un grup minoritari, sense ser conscients de la il·licitud de la seva conducta, realitzen actes culturals que són considerats delictius per la societat dominant. Per tal d'apreciar error de prohibició, és necessari valorar per una banda la gravetat de l'acció i per l'altra, el nivell d'integració del subjecte en la cultura majoritària. D'aquesta manera, delictes que afectin els drets humans, com és el supòsit prototípic de les mutilacions genitals a Espanya, només es veurien emparats per aquest eximent en casos molt concrets, on no es pogués accedir a mitjans d'informació per tal de vèncer l'error.

Autors com Silva Sánchez han assenyalat que en certs casos, és possible afirmar que per al subjecte exclòs socialment existeix una dificultat de reconèixer el deure infringit que pot donar lloc a un error de prohibició. Recordem aquí la distinció entre deures naturals i deures cívics, i com la capacitat per reconèixer els últims depèn de l'èxit de l'Estat en inculcar-los als seus ciutadans. Aquells exclosos del repartiment de béns difícilment es veuran al·ludits per uns delictes que castiguen la desobediència o resistència no violenta a l'autoritat o els delictes de possessió de drogues sense víctimes, per posar només alguns exemples. Per aquest motiu, en els delictes *mala prohibita*, és possible apreciar un impediment psíquic en l'infractor marginat que l'eximeixi de culpabilitat. L'argument seria difícilment aplicable, en canvi, als delictes *mala in se*, que castiguen la violació d'uns deures universals relacionats amb la dignitat humana. Aquesta possibilitat es contempla en el pla teòric, i té poca incidència pràctica en l'actualitat.

2.3. Punibilitat: la inexigibilitat de la pena

La categoria de la punibilitat, l'última que es valora en la teoria dogmàtica del delicte, permet en última instància exculpar al subjecte culpable d'una conducta típica. Per tant, la punibilitat del càstig no posa en dubte la responsabilitat criminal del subjecte (que ha estat valorada i apreciada), però sí entra a considerar les circumstàncies que envolten la comissió del delicte. En termes generals, la pena serà inexigible quan s'ha comès l'acte il·lícit en unes circumstàncies extraordinàries i amb una alta càrrega moral.

La inexigibilitat de la pena provindria aquí de la relació de l'Estat amb el subjecte, i no per raons internes del delinqüent pobre (com serien les causes analitzades fins el moment, de justificació de l'antijuridicitat i d'exclusió de la culpabilitat). Seguint aquest plantejament lògic,

la categoria de la punibilitat ha estat entesa per alguns autors com una “disculpa” de l’Estat envers el delinqüent, al reconèixer la seva part de responsabilitat al no haver estat capaç d’oferir al subjecte alternatives a la conducta delictiva²⁷.

No és d’estranyar que la punibilitat hagi estat la figura a la qual més experts han bolcat els seus esforços acadèmics per tal d’intentar explicar la incidència que té l’exclusió social en la determinació dels il·lícits penals connectats amb ella. És en aquest punt on es porta a relluir la discussió de la il·legitimitat de l’Estat per a castigar que s’introduïa en el primer capítol del projecte. Per a determinar la legitimitat del poder punitiu, la filòsofa britànica Anscombe planteja dues preguntes: la primera és si “la sanció penal és la resposta adequada” davant d’un delicte comés per una persona pobra. La segona, qüestiona “si l’Estat té l’autoritat” suficient per imposar aquesta (adequada) pena.

2.3.1. Les teories de la pena

La resposta a la primera pregunta plantejada per G.M. Anscombe depèn de la teoria justificadora de la pena que s’adopti. La pena és una institució que està al servei del projecte polític de la comunitat on té lloc²⁸. És, per tant, una forma d’administrar justícia política. La seva legalitat dependrà de les finalitats que la comunitat li atribueixi i de fins a quin punt la seva aplicació en el context concret és idònia per assolir aquestes finalitats.

L’extensió d’aquest treball no permet una cobertura exhaustiva de les diferents teories que durant anys han estat font de debat i construcció criminològica, però sí dona peu a una breu exposició. La classificació més famosa es dona entre les teories relatives o preventives (utilitarista), i les teories absolutes o retributives.

2.3.1.1. La teoria utilitarista de la pena

Una teoria de la pena utilitarista o conseqüencialista, que basa la finalitat de la pena en termes de prevenció, presenta serioses dificultats per argumentar la pèrdua d’exigibilitat del càstig en els exclosos socials. Una sanció estarà justificada sota aquesta teoria si aconseguix evitar la comissió de futurs delictes. Ja que la severitat de la pena depèn de la seva capacitat dissuasiva, no seria estrany que s’apliqués el dret penal de forma més punitiva als individus

²⁷ Robles Planas, R. “Caso del Leinenfänger”, en Pablo Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. La Ley, 2011, pp. 117-118

²⁸ Lorca, R. “Extrema pobreza y poder penal”. *Sobrecriminalización: los límites del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013.

exclosos, ja que són el grup estadístic de la població que té majors incentius per cometre delictes.

Existeix una teoria de prevenció general (dirigida a la col·lectivitat) i especial (dirigida a l'individu en concret), així com positiva (considera a la ciutadania com a potencials víctimes) o negativa (considera als ciutadans com a potencials delinqüents). L'utilitarisme ha estat criticat essencialment per la seva nota instrumentalitzadora, ja que en la seva vessant negativa especial usa els individus (pobres) com a mitjans per enviar un missatge a la societat. Moltes vegades, aquesta circumstància podria vulnerar un principi essencial del dret penal, que és el principi de personalitat de la pena.

2.3.1.2. La teoria retributiva de la pena

Per la seva banda, la visió retributiva busca a través del càstig restaurar l'equilibri social que el delicte ha trencat. En aquesta teoria, l'acte il·lícit s'entén com un "avantatge injust" del delinqüent envers la resta de la societat, ja que s'ha aprofitat de la cooperació social sense assumir la càrrega assignada (per usar un terme en anglès, s'ha comportat com un *free rider*). Per tant, la pena esdevé una espècie de deute a tots els ciutadans respectuosos de la llei, que ha de ser proporcional al mal comès. Tanmateix, Jeffrey Murphy assenyala que en el context d'una societat desigual, el càstig no seria apte per restaurar una situació d'igualtat ja que aquesta no existia prèviament. És més, el càstig agreujaria aquesta situació d'injustícia i desequilibri. Conclou que en aquests casos les societats modernes no tenen el dret moral per a castigar.

La determinació de la teoria de la pena aplicable en una comunitat és una decisió de la seva política criminal. Generalment, els estats adopten una visió que combina les finalitats preventives i retributives, amb variacions respecte al pes que se li atorga a la rehabilitació o la incapacitació del delinqüent. Per aquest motiu, la valoració de la inexigibilitat de la pena requereix la combinació de la seva finalitat (teories de la pena) i la capacitat per imposar-la (legitimitat del poder punitiu).

2.3.2. La deslegitimació de l'Estat

La segona pregunta que formula G.M. Anscombe adreça la possible pèrdua d'autoritat de les institucions estatals per executar una mesura coercitiva, degut a l'existència d'una injustícia social. Es contemplen tres arguments que busquen explicar com un agent moral pot perdre la seva autoritat per a recriminar una acció. Aquests són: l'argument de corresponsabilitat,

l'argument d'hipocresia i l'argument de comprensió de la situació d'exclusió de l'autor del delictes.

2.3.2.1. L'argument de la corresponsabilitat

L'argument de la corresponsabilitat col·loca part de la responsabilitat del delictes a les espatlles de l'Estat, ja que es considera que l'acte típic s'ha comès a conseqüència de l'abandonament institucional dels subjectes. L'Estat actua com a un còmplice. La doctrina entén còmplice com aquell que facilita la comissió d'un delictes i que, en conseqüència, no està autoritzat a recriminar la conducta en discussió.

Aquest raonament presenta alguns inconvenients. Per exemple, el de determinar la relació de causalitat entre la conducta estatal i la individual. Com s'ha sostingut en aquest treball, la pobresa té una incidència real en la comissió del delictes, i pot estar causada directament per una conducta, generalment negligent, per part de l'Estat. Tanmateix, realitzar la connexió entre l'acte il·lícit concret i les polítiques discriminatòries resulta una tasca més complexa, difícilment satisfactòria.

Però l'inconvenient més important és, potser, pressuposar que l'analogia entre el retret moral i la pena estatal s'estén també als seus agents, és a dir, que es pot aplicar de forma idèntica en casos d'autoritats individuals i col·lectives. La pena estatal té lloc en el context d'una relació asimètrica i política, en contraposició amb la relació interpersonal i recíproca que s'estableix en el cas ordinari de coautoría o complicitat. Els ciutadans no tenen els mateixos deures que té l'Estat envers a ells, ja que aquest últim s'ha constituït per protegir els primers.

L'argument de corresponsabilitat ofereix unes reflexions interessants pels propòsits del projecte, aportant llum a la comprensió de la pèrdua de legitimitat del poder punitiu en relació amb delictes connectats amb una exclusió que ha estat facilitada per l'acció institucional.

2.3.2.2. L'argument de la hipocresia

L'argument de la hipocresia considera hipòcrita el càstig estatal d'un incompliment obligacional quan les pròpies institucions també han fallat en dur a terme les seves obligacions. L'apel·lació a la hipocresia o incoherència és expressada a vegades a través del llatínisme "*tu quoque*" ("tu també"). El problema de la hipocresia és que implica l'existència d'una integritat moral que el subjecte que acusa realment no posseeix, ja que ha realitzat una conducta igualment recriminable en el passat.

Una de les crítiques que se li podrien realitzar a l'argument de la hipocresia seria el requeriment de certa similitud entre la infracció del que jutja i el que és jutjat. Aquesta resulta una tasca especialment complexa en el present supòsit, on s'ha de ponderar l'acció típica d'un individu marginat socialment, i l'acció o omissió de l'Estat que ha donat lloc a la situació de marginalitat. S'han de tenir en compte, per tant, factors tals com la gravetat i naturalesa del delictes (especialment, distingint entre delictes *mala in se* i *mala in prohibita*), les possibles polítiques socials adoptades per l'Estat per tal de mitigar els efectes de l'exclusió (considerant si s'han aplicat, la seva idoneïtat i les causes del seu fracàs), les oportunitats reals de les que disposava l'individu per actuar d'una altra manera, i un llarg etcètera. Es podria reproduir aquí, també, la crítica realitzada en l'argument de la coautoria, és a dir, el problema de traslladar a l'àmbit institucional una relació contemplada generalment entre agents particulars.

La teoria de la hipocresia, defensada per una gran varietat d'autors, facilita un major enteniment de la injustícia que suposa el càstig dels delinqüents pobres, quan no s'han pres mesures per a solucionar l'exclusió causant del delictes i que és conseqüència de la negligència estatal.

2.3.2.3. *L'argument de la comprensió*

Finalment, l'argument de comprensió de la situació personal de l'individu justifica l'exclusió del càstig considerant que no es pot tractar de la mateixa forma aquells que han pogut accedir a una socialització bàsica i aquells a qui les mesures polítiques han barrat l'accés al ple desenvolupament de la seva personalitat.

Per a experts com Javier Cigüela, el problema penal dels delinqüents pobres és una qüestió de la necessitat social de la pena. L'autor defensa que en els casos d'exclusió la negació de certs béns necessaris pel ple desenvolupament social dificulta enormement la capacitat per reconèixer-se com a ciutadà en condició d'igualtat amb els altres membres de la comunitat. En aquest escenari, els deures cívics derivats de la cooperació social no aconsegueixen interioritzar-se. L'exigibilitat dels deures ciutadans es veu doblement amenaçada quan és a mans de la mateixa entitat que ha provocat o facilitat una situació d'injustícia social que ha privat als afectats de les vies necessàries per arribar a reconèixer la norma com a pròpia. Per aquest motiu, justificar la pena resulta més complicat en aquells delictes *mala quia prohibita*, que són precisament aquells que afecten els béns que se'ls hi han estat negats als pobres. Com assenyala l'autor, qui compleix amb aquest perfil, quan ofèn, no ho fa per desafiar l'ordre social, sinó pel fracàs d'un Estat que deliberadament ha optat per marginar-lo.

S'ha de tenir en compte que no qualsevol injustícia o desigualtat suposa automàticament la inexigibilitat de la pena o la deslegitimació de l'Estat per imposar les seves normes. Com el doctor en Dret Penal assenyala “*solo una injustícia grave, perpetuada en el tiempo y evitable por parte del Estado es capaz de cuestionar dicha obligatoriedad*”. També és important determinar el paper que el subjecte ha desenvolupat en la creació i manteniment del conflicte o injustícia social. S'ha de valorar, per exemple, si l'individu havia esgotat totes les vies per tal que l'Estat donés resposta a les seves necessitats, o si enfrontant-se a la situació per primera vegada, havia escollit comportar-se de forma delictiva. Altres factors poden influir en la valoració, com per exemple si el país es troba en una situació de greu crisi econòmica.

En conclusió, fins i tot quan un subjecte és declarat l'autor culpable i responsable d'una conducta típica segons les exigències legals, la imposició del càstig pot resultar il·legítima. Aquesta falta d'exigibilitat té en compte la finalitat de la pena però especialment, l'autoritat moral d'aquell qui ha d'imposar la sanció.

PART 3: PROPOSTA DE SOLUCIONS

3.1. Una perspectiva global

Espanya, com la majoria dels països d'Europa, s'identifica amb un model politicoeconòmic basat en la idea del benestar. Les seves polítiques estan orientades a garantir unes condicions de vida dignes als seus ciutadans, així com a millorar-les a través de la igualtat d'oportunitats. Per aquest motiu, gran part de la despesa pública està destinada a oferir prestacions socials vinculades al treball (pensions i atur), i serveis tals com la sanitat o l'educació.

En contraposició a aquest sistema existeix un altre gran model econòmic, el neoliberal, que té com a màxim exponent Estats Units d'Amèrica. El neoliberalisme postula per la intervenció mínima de l'Estat en els afers econòmics. El seu únic paper és garantir les llibertats individuals, i no així certs drets econòmics o socials.

Altres llocs del món, com per exemple Llatinoamèrica, degut al seu peculiar context històric ha donat lloc a un model híbrid, amb grans influències neoliberals però amb pretensions garants. El major problema d'aquests països, com per exemple Mèxic, és el fort deteriorament de l'esfera pública degut a pràctiques de nepotisme, clientelisme o corrupció, que comporta un augment de la desigualtat social i una crisi de confiança per part de la ciutadania. Informes del Banc Intra-americà de Desenvolupament assenyalen Amèrica Llatina en el seu conjunt com la zona més desigual de la terra a finals del segle XX, amb més d'un terç de la seva població per sota dels nivells mínims de subsistència²⁹.

Aquesta perspectiva global serveix per destacar la gravetat en els països que han adoptat un model d'Estat del Benestar, com Espanya, el fet que les institucions permetin certes situacions de pobresa o exclusió social entre els seus membres. Malgrat que les consideracions de deslegitimació del poder coercitiu de l'Estat en aquests casos és aplicable a tots els models, és especialment rellevant en els països que més han descuidat als seus ciutadans, especialment quan tenien un deure constituent per tenir cura d'ells.

3.2. Proposta de solucions

En el capítol anterior s'ha considerat la pobresa des d'un punt de vista intern o de l'individu, i també des d'una perspectiva externa o de l'Estat. En el primer cas, s'ha valorat la pobresa com a element modificador de la responsabilitat penal de l'autor del delicte, mentre que en el segon

²⁹ Aguilera Portales, R.E. i González Cruz, J. "Estado democrático, sistemas de legalidad y corrupción en América Latina" *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no.13, 2010, pp 127-139.

escenari, s'ha tractat aquesta circumstància com a causa d'il·legitimitat del poder punitiu de l'Estat. Després de la realització d'ambdós estudis, la conclusió a la que s'arriba és que l'última és la via que més emmiralla la importància i la naturalesa del problema penal, sempre que no es produeixi un canvi significatiu en les tendències jurisprudencials que permetin una interpretació més flexible de les diverses causes de justificació de l'antijuridicitat i d'exclusió de la culpabilitat que aquest treball ha adreçat.

Les solucions plantejades a continuació corresponen amb aquests dos moments de la determinació del delictes. Per una banda, "l'atenuant de la pena", que entén la pobresa com una causa de modificació de la responsabilitat individual de l'autor criminal. Per l'altra banda, "l'exclusió del càstig", atenent a la pèrdua de legitimitat que l'exclusió social suposa per al poder punitiu de l'Estat (el seu *ius puniendi*).

3.2.1. Atenuant de la pena

Les circumstàncies atenuants disminueixen la pena, i es troben regulades de forma genèrica en l'article 21 del Codi Penal espanyol. Depenent del tipus de circumstàncies, donen lloc a un eximent incomplet (atenuant privilegiada, article 21.1^a CP) o a una atenuant ordinària. Els efectes de l'aplicació d'aquestes atenuants sobre la quantificació de la pena es troben recollits en l'article 66 CP.

La individualització de la pena serveix per calibrar el càstig a les circumstàncies personals del subjecte. L'article 21.1 del Codi Penal ofereix una alternativa quan les causes de justificació del tipus i d'exclusió de culpabilitat no es poden apreciar en la seva totalitat (normalment, pels diferents problemes, de caire dogmàtic o jurisprudencials, que presenten). Concretament, el precepte considera circumstància atenuant "les causes expressades en el capítol anterior, quan no concorrin tots els requisits necessaris per eximir de responsabilitat en els seus respectius casos". L'article permetria aplicar a l'infractor pobre un eximent incomplet en relació amb els articles 20.5 (estat de necessitat), 20.7 (exercici legítim d'un dret), 20.1 (anomalia o alteració psíquica), 20.3 (alteració de la percepció), 20.6 (por insuperable) o 14.3 (error de prohibició). D'aquesta manera, per exemple, els delictes que no entressin dins la categoria d'estat de necessitat justificant perquè s'excedís en el mitjà emprat, al estar disponibles alternatives menys lesives com l'existència d'un banc d'aliments, podrien seguir reflectint part del pes decisiu de la pobresa de l'autor en la determinació de la pena, al veure's aquesta reduïda.

Aquesta via, que és la postura que s'ha seguit fins ara, resulta insuficient per plasmar correctament el pes que la pobresa exerceix en la comissió dels delictes relacionats amb

l'exclusió patida. El principal problema se situa en la reticència per part de la jurisprudència per apreciar degudament aquesta circumstància. Per aquest motiu, diversos autors han buscat en el cos legal existent un altre precepte que contemplés una atenuant específica per la pobresa de l'autor penal. S'ha considerat la idoneïtat de l'article 66.1.6 CP, així com l'aplicació analògica disponible en l'article 21.7 CP.

En un primer cop d'ull, l'article 66.1.6 disposa de potencial per oferir una solució adequada al problema plantejat. La seva redacció llegeix “ [els jutges i tribunals] *aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*”. Aquestes “circumstàncies personals del delinqüent” han estat interpretades extensivament per incloure criteris relacionats amb l'entorn familiar, social i econòmic de l'individu, així com les circumstàncies que l'han portat a delinquir³⁰. El major handicap que presenta aquest article és el fet que només s'aplica quan no concorren altres atenuants i agreujants. És també un precepte de poca aplicació pràctica. De forma paral·lela, la via analògica per considerar la pobresa com a causa d'atenuació de la pena que habilita l'article 21.7 del Codi Penal tampoc ofereix altres perspectives més esperançadores, atenent al panorama jurisprudencial existent.

En resum, no existeix en l'ordenament actual una atenuant específica per a la pobresa de l'autor del tipus. Les diverses figures que l'anàlisi teòrica demostra idònies per a recollir aquesta circumstància, a la pràctica veuen la seva aplicació restringida per interpretacions rígides dels seus preceptes per part dels tribunals. Fins i tot si aquesta no fos la situació, i les autoritats judicials estiguessin disposades a oferir una interpretació més laxa, la present solució planteja altres problemes de caire ètic. Així doncs, alguns autors han assenyalat que posar la rellevància de l'exclusió social en la valoració de la responsabilitat criminal del subjecte implica tractar als membres dels sectors més desafortunats de forma “elitista i condescendent”, gairebé com si “fossin menys que humans”³¹. Seguint aquesta línia de reflexió, Michael Tonry defensa que els jutges han d'introduir atenuants en el moment de pronunciar la sentència i no en definir la culpabilitat de l'infractor.

³⁰ “*Cuando el artículo 66 del CP 1995 se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando [...] en la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social...*” STS 972/2004, de 18 de setembre. Veure també STS 413/2015, de 30 de juny.

³¹ Moore, M. “Causation and the Excuses,” *California Law Review* 73, 1985.

3.2.2. Exclusió del càstig

L'exclusió del càstig del pobre per delictes comesos en relació amb la seva condició de ciutadà, parteix de la base que l'Estat ha fallat en oferir-li els recursos necessaris per al ple desenvolupament social. Rivera López bateja la pèrdua d'autoritat moral de l'Estat en aquests casos amb el nom de "tesis de la incapacitat", mentre que Roberto Gargarella parla de l'existència d'un "Estat indecent". Per a Rocío Lorca, el càstig de les persones extremadament pobres és un acte d'hostilitat, ja que situa a aquests individus en una situació d'alteritat indesitjable.

En paraules d'Antony Duff, *"si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales (...), en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía"*³². Andrew Von Hirsch, de forma similar, afirma que *"mientras que a un segmento sustancial de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso"*³³.

Algunes veus també s'han alçat per criticar l'alternativa, per a elles extrema, d'exclusió del càstig penal dels delinqüents pobres. Les seves preocupacions giren al voltant, entre d'altres, de la reacció violenta que el delicte podria originar si no es castigues per les vies estatals, això és, la venjança per part de víctimes i altres membres de la comunitat, que difícilment garantirà la proporcionalitat de la sanció o la protecció dels drets processals bàsics tals com el d'un judici just. La discussió es pot portar a l'extrem per interpretar l'exempció dels pobres com una amenaça a la pròpia existència de l'Estat, tornant a un món regit per "la llei del més fort". Altres objeccions centren el debat en el lloc de les víctimes, tot i que és contra-argumentable assenyalant que la compensació a les víctimes va més enllà al càstig penal de l'infractor, i comporta també subsidis econòmics, recolzament psicològic i altres mesures no punitives.

Malgrat les objeccions, no és baladí recordar que el dret penal es construeix sobre el principi d'*ultima ratio*, la idea que determina que la coerció penal hauria de ser l'última via per la que

³² Duff, A. *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, 2001, pp. 195-6

³³ Von Hirsch, A. *Doing Justice*, Hill and Wang, 1976

s'opti per tal de resoldre un conflicte. Per tot el que s'ha assenyalat en aquesta recerca, l'exclusió del càstig per la pèrdua d'autoritat moral de l'Estat apareix com la resposta que millor s'adequa a la importància i naturalesa de la pobresa de l'autor criminal. En el camp poc fructífer de la jurisprudència actual per apreciar les figures modificadores de la responsabilitat criminal, aquesta proposta s'alça com la més idònia, si bé també com la més “dràstica” o innovadora.

En una societat com l'espanyola, basada en la garantia d'unes condicions bàsiques a la ciutadania i que té com a fi estructurador el benestar dels seus membres, el fet que les institucions desatenguin un sector de la població, que de resultes ha d'actuar pel seu propi compte per accedir a uns drets bàsics, resulta una causa suficientment greu com per minvar la legitimitat del *ius puniendi* fins a implicar l'exclusió del càstig, sota uns arguments de corresponsabilitat, hipocresia i comprensió.

Per molt que en aquesta recerca s'hagin ponderat solucions tals com la creació d'una atenuant específica per a la pobresa, la flexibilitat de les figures atenuants actuals per encabir-hi aquesta situació i l'alternativa reformadora del sistema penal d'exclusió del càstig, qualsevol consideració requereix solucions no punitives. En altres paraules, implica el compromís per part de l'Estat d'adreçar l'arrel del problema, que no és cap altre que les polítiques discriminatòries que han donat lloc a l'exclusió social de l'autor del delictes. La millor forma de prevenir la delinqüència no és a través d'una pena més severa, contràriament al pensament utilitarista. El dret penal s'ha de reservar com a última fase quan totes les altres mesures han fallat. Parafraçant a Poveda Moreno, “*no conviene criminalizar a las personas a través del conflicto penal (...) Se debe utilizar medios reparatorios que devuelvan tranquilidad y armonía al interior de una comunidad*”³⁴.

³⁴ L'autor parla aquí d'un altre grup exclòs de la societat, no per motius socio-econòmics sinó per diferències culturals i ètniques com és el cas dels indígenes.

CONCLUSIONS

El present treball parteix de la intuïció que la pobresa és un factor decisiu en la comissió de certs delictes, i que la seva correcta apreciació és essencial per assolir certs objectius de justícia. L'eix estructurador del projecte ha estat la recerca de en quina fase de la valoració del delicte té una major incidència la situació de pobresa dels autors de conductes típiques. Així doncs, ha partit d'una primera part introductòria dels conceptes bàsics i del marc en què s'engloba la discussió política-filosòfica; un segon capítol que ha recorregut punt per punt la teoria dogmàtica del delicte, aturant-se en les diverses figures que podrien recollir la pobresa com a causa d'exclusió de responsabilitat criminal, i valorant la seva idoneïtat. Finalment, s'ha contextualitzat la problemàtica espanyola dins d'un marc global, definint diversos models politicoeconòmics. La recerca finalitza amb una valoració de la línia dogmàtica que s'hauria de seguir explorant, plantejant alguns dubtes per a futures investigacions.

El tema que impulsa i sobre el qual es construeix el projecte que el lector té entre les mans ha estat explorat per incansables experts del món jurídic, la labor dels quals ha aplanat un camí complicat i necessari de recórrer. Han obert la porta a una comprensió més autocrítica del paper que desenvolupa el dret en general, i penal en concret, en continuar situacions de clara injustícia social. El debat convida a la reflexió i esdevé més ineludible que mai en un context global afectat profundament per una crisi sanitària i econòmica, que accentua les diferències ja existents i crea noves necessitats que els Estats no poden o no arriben a cobrir.

L'actitud poc inclinada de les autoritats judicials per apreciar la pobresa a través de les figures exculpatòries penals actuals obliga a dirigir la mira fora de la responsabilitat individual del subjecte, per contemplar un problema de dimensions globals. La solució defensada en aquest projecte, és a dir, l'exclusió del càstig degut a una pèrdua de legitimitat del poder estatal en situacions d'exclusió social, és només l'alternativa més justa de totes les que es plantegen en la fase penal. Tanmateix, des d'aquest escrit es reitera la necessitat d'optar per solucions extra-penals que adrecin el nucli del problema del delinqüent pobre que comet delictes relacionats amb la condició de ciutadà: la pròpia pobresa de l'individu.

BIBLIOGRAFIA

A. Beade, G., & Lorca, R. “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, no.47, 2018. pp 135–164.

Aguilera Portales, R.E. i González Cruz, J. “Estado democrático, sistemas de legalidad y corrupción en América Latina” *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no.13, 2010, pp 127-139.

Anscombe, G.E.M. “On the Source of the Authority of the State”, en J. RAZ (ed.): *Authority*, New York: NYU Press, 1990, pp. 142-173

Bustos Rubio, M. “Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35(35), 2015. pp 189–238.

Cigüela Sola, J. “Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 0(17), 2019. pp 13–46.

Cigüela Sola, J. “Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, no. 43, 2015. pp. 129–150.

Duff, A. *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, 2001, pp. 195-6

Duff, A. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, 2015

Feijoo Sánchez, B. “Crisis económica y derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y conflictividad social”, en Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (eds.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, pp 53 i ss.

Gargarella, R. “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 82, 2010.

Garland, D. *La cultura del control*. Gedisa, 2005

Kant, I. *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*, *Berlinische Monatsschrift*, 1784, *Revista Colombiana de Psicología*, no 3, 1994.

- López Ramón, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, 2010, pp. 12-25.
- Lorca, R. “Extrema pobreza y poder penal”. *Sobrecriminalización: los límites del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013.
- Martínez de Bringas, A. “Crítica de la legitimidad del derecho en tiempos de exclusión social. Repensar la responsabilidad del estado desde el vínculo social de la ciudadanía” *Derechos y Libertades*, no.44, 2021. pp 101-135. <https://doi.org/10.20318/dyl.2021.5851>
- Martínez Escamilla, M. “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el tribunal supremo español” *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, no.12, 2005.
- Mirapeix Lacasa, N. “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 20, 2018. pp 20–22.
- Moore, M. “Causation and the Excuses,” *California Law Review* 73, 1985.
- Murphy, J. “Marxism and retribution”, *Philosophy & Public Affairs*, no. 2, 1973, pp. 217–243.
- Poveda Moreno, C. H. “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, *Foro, Revista De Derecho*, no. 8, 2017, pp. 179-189.
- Rawls, J. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.
- Raz, J. “Authority, Law and Morality”, *The Monist*, 1985.
- Rivera López, E. “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”. *Análisis Filosófico*, 35(2), 2015. pp. 167–185.
- Robles Planas, R. “Caso del Leinenfänger”, en Pablo Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. La Ley, 2011, pp. 111-127.
- Sánchez Vilanova, S. “Reflexiones sobre la virtualidad de las alteraciones en la percepción”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, no. 19, 2015, pp 437-449
- Sandoval Ballesteros, Netzaí. En defensa del anarquismo. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, no. 9, 2015. pp 431-435

Shelby, T. “Crime”. *Dark Ghettos. Injustice, Dissent, and Reform*. The Belknap Press Of Harvard University Press, 2016. pp. 203-227.

Silva Sánchez, J.M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2018.

Silva Sánchez, J.M. “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en Fernández Teruelo (ed.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 715-725.

Silva Sánchez, J. M. “Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español”. *ADPCP*, XXXV(3), 1982. pp 663–691

Von Hirsch, A. *Doing Justice*, Hill and Wang, 1976

Wolff, R. P. “*In Defense of Anarchism*”, University of California Press, 1998.

Young, Y. *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. Marcial Pons, 2003.

Jurisprudència

STS 81/2001, 24 de Enero de 2001

STS 1352/2000, 24 de Juliol de 2000.

STS 3764/1997, de 5 d’octubre de 1998.

ATC 223/2005, de 24 de maig de 2005.

STS 413/2015, de 30 de juny de 2015

STS 972/2004, de 18 de setembre de 2004