

ESTUDIOS POLÍTICO- CRIMINALES, JURÍDICO-PENALES Y CRIMINOLÓGICOS

*Libro Homenaje al Profesor
José Luis Díez Ripollés*

**JUAN MUÑOZ SÁNCHEZ
OCTAVIO GARCÍA PÉREZ
ANA ISABEL CEREZO DOMÍNGUEZ
ELISA GARCÍA ESPAÑA**

Directores

**NOELIA CORRAL MARAVER
DEBORAH ISABEL GARCÍA MAGNA
MARÍA FÁTIMA PÉREZ JIMÉNEZ
BERTHA PRADO MANRIQUE
PABLO RANDO CASERMEIRO**

Coordinadores

tirant lo blanc

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© AA.VV.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1207-2023
ISBN: 978-84-1169-092-8

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Injusticia social y derecho penal: a propósito de Angelina

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA*

I. INTRODUCCIÓN

Entre la variada obra científica de José Luis Díez Ripollés, encontramos el diseño y aplicación de una herramienta (RIMES) para el análisis en el campo de la política criminal comparada. Escapa a las posibilidades de esta contribución y de su autora entrar en el análisis de esta compleja herramienta, pero sí resulta pertinente destacar su punto de partida, que señala la inclusión social como objetivo de la política criminal, en el sentido de que “el mantenimiento de un cierto nivel de inclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes es una de las más eficaces estrategias para la prevención de la delincuencia” (2011, p. 9). Este objetivo se integra “dentro del propósito de construir un estado y una sociedad del bienestar, de los que constituye uno de sus pilares la atención específica a los socialmente desfavorecidos, entre los que se encuentran muchas de las personas proclives a entrar en conflicto con la ley penal” (2011 p. 10). A pesar de los embates sufridos por el modelo de estado del bienestar desde la economía política neoliberal, el criterio inclusión/exclusión social mantendría a su juicio “una legitimidad teórico-política y científico-social fuera de duda” (2011, p. 13).

No puedo estar más de acuerdo con estas palabras, que escojo para iniciar esta contribución, que pretende ser una muestra de afecto personal y de admiración por la trayectoria profesional y la obra científica del Profesor Díez Ripollés; una obra amplia, rigurosa y tremendamente constructiva.

* Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid.

Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión”, (acrónimo: Iusmigrante), (PID2019-105778RB-I00, convocatoria Proyectos I+D+i 2019), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

II. PLANTEAMIENTO EN LA DOCTRINA PENAL ESPAÑOLA

Pasando de la política criminal a la dogmática penal, hace tiempo que en la doctrina española irrumpió con fuerza el debate sobre el reflejo que han de tener en el castigo penal las situaciones de exclusión social conectadas con la comisión del delito¹. Dicha discusión ha dado lugar a una excelente y numerosa producción científica, de la que la brevedad de esta contribución no me permite hacerme eco. El abordaje teórico es diverso², pudiéndose distinguir dos grupos de argumentos en absoluto excluyentes. Por un lado, el discurso que cuestiona la legitimidad del Estado en la aplicación del iuspuniendi cuando el delito está conectado con situaciones de exclusión social que el Estado ha causado o ha tolerado³. La otra perspectiva sería el análisis desde la teoría jurídica del delito, en el sentido de señalar el requisito de la responsabilidad penal que se vería afectado por situaciones de exclusión y determinar las figuras aplicables para traducir ese déficit en una efectiva atemperación o incluso renuncia al castigo. Se trata en cualquier caso de una compleja discusión en cuanto afecta a los fundamentos teóricos del Derecho penal.

Aunque la antijuridicidad no se suele señalar como la categoría afectada, *no es aventurado a mi juicio apuntar una disminución o decaimiento de la antijuridicidad de la conducta en cuanto buena parte de los delitos cometidos a causa de la situación de exclusión pueden plantearse como un*

¹ Los términos exclusión social y pobreza no son coincidentes. Mientras que el término pobreza se refiere fundamentalmente al capital, a los ingresos o riqueza que se posea, la expresión exclusión social hace alusión a imposibilidad del excluido para participar en la vida normalizada que se desarrolla a su alrededor, a la dificultad para integrarse en el sistema. Normalmente pobreza y exclusión social van de la mano, pero no necesariamente. A pesar de ello, para no incurrir en redundancias terminológicas, en esta contribución se utilizarán indistintamente ambos términos. Tampoco vamos a detenernos en las definiciones y clasificaciones de la pobreza, bastando la definición genérica de que pobreza es la situación de una persona que le impide satisfacer sus necesidades básicas. Con más detenimiento, sobre estos conceptos, vid. Molina Blázquez (2020).

² En profundidad sobre los diferentes abordajes, la monografía de Cigüela Sola, *Crimen y castigo del excluido social* (2019).

³ En esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez, quien argumenta que el Estado asume “una posición de garante no sólo de protección negativa —frente a agresiones de terceros—, sino también positiva —o de prestación de mejoría—, aunque limitada a garantizar un mínimo material y moral a todos los habitantes del territorio” (2018, p. 86).

conflicto de intereses⁴, como un enfrentamiento entre males. No obstante, mayoritariamente se apunta a la “inexigibilidad” como requisito afectado. No solo condiciones bio-psíquicas particulares, sino también situacionales de exclusión social pueden disminuir la capacidad de la persona para obedecer la norma penal, es decir, existiría, en palabras de Mir Puig, una “anormalidad motivacional”, “una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal” (2015, p. 559). Esta anormalidad motivacional según algunos autores, como el propio Mir Puig (2015), no anularía en los supuestos de inexigibilidad la capacidad de actuar de otra manera, por lo que habrá de existir alguna otra razón para renunciar o disminuir la pena en estos casos. De esta opinión es María Martín, quien propone la tesis de la comprensión que en la generalidad de la sociedad provocan las razones que explican la vulneración de la norma de conducta (Martín Lorenzo, 2009).

Entiendo que en la mayoría de los supuestos de comisión delictiva motivada por una situación de grave penuria, la capacidad de obediencia a la norma está afectada, lo que por sí justifica la relevancia de dicha circunstancia en la responsabilidad penal. Pero, además, como veremos en el siguiente epígrafe, la doctrina acude a un referente normativo para avalar dicha relevancia. A mi juicio ese referente puede ser el principio de igualdad. Ya lo apuntaba Mir Puig al aludir a que la culpabilidad que atiende a la anormalidad motivacional provocada por la situación contribuye a “una mayor realización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático” (Mir Puig, 2015, pp. 558-559).

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En efecto, la relevancia de las situaciones de exclusión social en la determinación de la responsabilidad penal es, a mi juicio, un corolario del principio de igualdad. Como reflexiona Ferrajoli en *Manifiesto por la*

⁴ Así, por ejemplo, para Silva Sánchez es indiscutible que el hurto famélico conforma un estado de necesidad justificante. También el caso de la ocupación de edificios públicos o viviendas vacías por parte de personas sin recurso habitacional. Respecto a las denominadas “mulas”, afirma: “[c]iertamente, en muchos de estos supuestos de hecho puede constatarse la existencia de una situación de necesidad, así como que el mal causado —un delito suprajurídico individual— no es mayor que el que se trata de evitar —situación personal y familiar de grave penuria económica— (2018, p. 89).

igualdad, la preminencia del principio de igualdad como norma de rango constitucional responde a dos razones. “La primera es que la igualdad está estipulada porque somos diferentes, entendiendo “diferencia” en el sentido de diversidad de las identidades personales. La segunda es que está estipulada porque somos desiguales, entendiendo “desigualdad” en el sentido de diversidad en las condiciones de vida materiales. En definitiva, la igualdad está estipulada porque, de hecho, somos diferentes y desiguales, para la tutela de las diferencias y en oposición a las desigualdades” (Ferrajoli, 2019, p. 13). “Por eso, el principio de igualdad consiste, no solo en el valor asociado a las diferencias, sino también en el desvalor asociado a las grandes desigualdades materiales y sociales, que no atañen a la identidad de las personas, sino a sus desiguales condiciones de vida, que es por lo que deben ser eliminadas o cuando menos reducidas” (Ferrajoli, 2019, p. 14).

El principio de igualdad no es un desiderátum activista, es una norma de rango constitucional. La Constitución española proclama la igualdad como un principio superior del ordenamiento jurídico, conectándolo no solo con la prohibición de discriminación (art. 14 CE), sino también encomendando a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE) A la luz del texto constitucional queda claro que el principio de igualdad no se colma con una vertiente formal de igualdad en la ley, sino que exige también la igualdad en aplicación de la ley, en la evitación de las discriminaciones y reducción de las desigualdades. Se trata de una igualdad material y entendible en una primera aproximación como unos mínimos necesarios para vivir con dignidad.

El principio de igualdad puede ser ese referente normativo que algunos autores introducen para poner de manifiesto que el reflejo de la exclusión social en la respuesta penal no debiera ser reducida a una cuestión de si la capacidad de obediencia a la norma estuvo más o menos afectada. Cigüela Sola apunta precisamente al déficit de legitimidad punitiva de un Estado que ha generado o simplemente ha tolerado las situaciones de exclusión que tenía el deber de combatir. Se trataría de una “inexigibilidad por razón de la instancia de imputación”, por incumplimiento previo de la labor estatal de tratar de superar dichas situaciones. Estas consideraciones podrían vehicularse, a juicio de Cigüela Sola, a través de la heterogénea categoría de la punibilidad, pues “el interés social en construir una penalidad justa, no selectiva y sensible a “la estructura del funcionamiento de la sociedad”,

choca con el castigo de un sujeto de cuyo hecho delictivo la instancia de imputación es corresponsable” (2019, p. 338).

Esta idea de “inexigibilidad por la instancia de imputación” quizá deba ser matizada a la luz del fenómeno de la globalización. Sin duda en un mundo globalizado las causas y las consecuencias de las decisiones políticas, económicas o financieras traspasan las fronteras. Por ejemplo, el avance de la desertificación en el continente africano, con el consiguiente empobrecimiento de sus gentes y la necesidad de emprender el duro camino de la migración, es consecuencia del cambio climático producido fundamentalmente por países desarrollados entre los que no están aquellos que ahora sufren el avance de los desiertos. Sin embargo, no siempre va a ser posible encontrar una corresponsabilidad clara o directa en las situaciones de exclusión producidas a miles de kilómetros. En estos casos se complica la aplicación del criterio de “inexigibilidad por la instancia de imputación”, apuntando Cigüela Sola a un “principio de humanidad” como fundamento de la contención punitiva (2019, p. 149). Un principio de humanidad que puede entenderse conectado con el principio de igualdad que, más allá de las constituciones nacionales, es una exigencia de justicia universal sancionada en declaraciones de carácter universalista, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Cuando la pobreza injusta se convierte en concausa del delito, la responsabilidad penal ha de reflejarla con independencia de que la desigualdad se produzca en el territorio del Estado o a miles de kilómetros de él y al margen de si se puede o no hacer corresponsable al Estado que castiga.

IV. CERTEZAS

Pero no todo son voces a favor de adecuar la respuesta penal a la situación de exclusión. Puente Rodríguez, en un artículo titulado “Algunas dudas acerca de la atemperación del castigo penal del excluido” (en prensa), plantea hasta un total de quince objeciones a los diversos intentos de articular la relevancia penal de la exclusión social del infractor, calificando él mismo su labor de “esencialmente destructiva” (en prensa). No es lugar para rebatir tanta duda, pero sí quisiera señalar que, en la toma de postura sobre el tema planteado, no solo pesan las dudas, también son importantes las certezas. Me limitaré a señalar tres.

La primera certeza supone reconocer la existencia de la pobreza y de la exclusión social y aprehender su significado. “La pobreza no es solo una

cuestión económica; es un fenómeno multidimensional que comprende la falta tanto de ingresos como de las capacidades básicas para vivir con dignidad” (Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2012, parágrafo 2). La pobreza es una lesión de derechos humanos. Así se recoge, entre otros en otros muchos documentos, en el *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*: “[1]as personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente—como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de la salud—, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente” (Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2012, parágrafo 4). A lo que habría que añadir otros muchos efectos, como el deterioro más rápido de la salud psíquica y física, siendo la esperanza de vida significativamente menor que la de la población normalizada. Además, la pobreza se hereda, se transmite de generación en generación.

La segunda certeza, —ya apuntada al identificar la pobreza con lesión de derechos humanos— sería que las situaciones de pobreza son, en su inmensa mayoría, producto de un orden injusto. Según el *Informe sobre desarrollo humano 2019*, si comparamos dos niños nacidos en el año 2000, uno en un país con desarrollo humano muy alto y otro en un país con desarrollo bajo, hoy en día el primero tendría una probabilidad superior al 50% de estar matriculado en la educación superior, frente al 3% de probabilidades del segundo, lo que depende de circunstancias sobre las que carecen de control. Alrededor del 17% de los niños nacidos en países pobres mueren antes de cumplir los 20 años, frente al 1% de los países con un desarrollo humano muy alto. Las desigualdades también serían muy altas dentro de los países. Según las estimaciones disponibles, “en algunos países desarrollados el diferencial de esperanza de vida a los 40 años entre el 1% de la población con mayores ingresos y el 1% con menores ingresos es de 15 años para hombres y 10 años para mujeres” (Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2019, p. 2). El *Informe sobre la desigualdad global 2022*, entre otros datos, consigna que la mitad más pobre de la población mundial apenas posee el 2% del total de la riqueza, mientras que el 10% más rico posee el 76%. En cuanto a los ingresos, el

10% más rico recibiría un 52% del ingreso mundial, mientras que la mitad más pobre gana el 8,5%.

Las flagrantes asimetrías sociales, así como la iniquidad que representan, han de ser asumidas como un dato de verdad. La pobreza no es un accidente, su dimensión jurídica corre pareja a la universalización de los derechos humanos y su conceptualización como tales de los principios de igualdad y de libertad. Como apunta López Hernández, en el Antiguo Régimen los fenómenos de la pobreza y de la marginación social se percibían como algo natural. “La profunda contradicción se produce cuando la misma sociedad que mantiene sustancialmente sus reales estructuras, productoras de dicha desigualdad, manifiesta o proclama a todos los vientos la igualdad en dignidad de todos los seres humanos. La desigualdad se convierte así en injusta desigualdad” (López Hernández, 1999, p. 21).

La injusticia de la exclusión se revela también cuando nos fijamos, como indica Ferrajoli, en las dos vertientes del principio de igualdad: la desigualdad sería causa y a la vez consecuencia de la discriminación: “[l]as personas se perciben como iguales, y sus diferencias no pesan como desigualdades, en la medida en que, más allá de la igualdad en los derechos de libertad, resulte garantizada una relativa igualdad sustancial también en las condiciones materiales de vida. A la inversa, las desigualdades sustanciales son inevitablemente un producto de discriminaciones que a su vez constituyen un vehículo de desigualdades”. (Ferrajoli, 2019, p. 79)

La tercera certeza sería algo obvio: el Derecho penal tampoco es una entelequia. El Derecho penal, y en particular la pena de prisión, tiene un impacto en general muy negativo en la vida de las personas y de sus familias. La prisión es la exclusión llevada a sus últimas consecuencias (Cabrera Cabrera, P., 2002), donde las facetas somática, psíquica y social del individuo se resienten. Valverde Molina en *La cárcel y sus consecuencias*, un libro de referencia en Psicología social, enumeraba los efectos somáticos (“ceguera de prisión” y otros problemas sensoriales) y llamaba la atención sobre las consecuencias derivadas de la adaptación al entorno anormal de la prisión, como, por ejemplo, la autoafirmación agresiva o la sumisión en las relaciones interpersonales, la alteración de la sexualidad, la ausencia de control sobre la propia vida, estado de permanente ansiedad, ausencia de responsabilidad, pérdida de vinculaciones, sensación de desamparo, etc. (Valverde Molina, 1997). En el caso de las mujeres presas, concurren circunstancias que pueden convertir el cumplimiento en más aflictivo, como por ejemplo la mayor precariedad de los espacios o la imposibilidad de clasificación penitenciaria en función de los perfiles, por citar algún ejem-

plo. La preocupación por las familias es especialmente intensa cuando, como ocurre en muchos casos, ellas eran las originalmente proveedoras de ingresos y cuidados (APDHA, 2022; Acale Sánchez y Gómez López, 2015; Igareda González, 2007). Aunque haya personas para quienes el paso por prisión pudo haber influido positivamente en sus vidas, coincido con Beltrán Núñez cuando afirma que la privación de libertad es “una trágica mutilación” (2016). A la estigmatización que supone haber pasado por la cárcel, hay que sumar los antecedentes penales, que son otro obstáculo más para salir de la exclusión. En supuestos de vulnerabilidad, el Derecho penal, lejos de ser parte de la solución, se convierte en un factor de exclusión social de primer orden. Por eso, en el ámbito de la pobreza y de la exclusión social me cuesta entender que la pena pueda considerarse un “honor”, una forma de reconocimiento, un bien, en definitiva, tal y como parece conceptualizar Puente Rodríguez el castigo penal.

Este autor, en el artículo antes citado, no se limita a exponer sus dudas con la esperanza —como afirma— de ser convencido de una tesis que le sería “mucho más grata”. Entre duda y duda, defiende la irrelevancia de la exclusión social en la responsabilidad penal. Su discurso sorprende, sobre todo, por la facilidad con la que parece aceptar y defender un Derecho penal objetivamente injusto: “[a]l 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; esto 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” (Puente Rodríguez, en prensa).

No se trata de rechazar en bloque las quince objeciones que Puente Rodríguez plantea, pero algunas de esas consecuencias tan “difícilmente soportables” son cuestiones estrictamente dogmáticas, tensiones entre elementos de un sistema que parece replegado sobre sí mismo. No explica este autor por qué son más “difícilmente soportables” las hipotéticas consecuencias de adaptar la respuesta penal a la situación de exclusión que favoreció el delito, que las consecuencias de aplicar y perpetuar un Derecho penal —en palabras del propio Puente Rodríguez— “profundamente injusto”. Su discurso guarda semejanza con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la inaplicación del estado de necesidad por grave penuria económica a los denominados “correos de la droga” —jurisprudencia a la que me referiré más adelante—, en el sentido de que en la comparación entre los males enfrentados, en la ponderación de

las consecuencias, solo tiene en cuenta las supuestamente derivadas de la exoneración o aminoración del castigo, magnificándolas, mientras que las situaciones de pobreza y exclusión, la iniquidad que suponen y los efectos que generan se ignoran, se mantienen invisibles.

Entiendo las limitaciones derivadas del principio de legalidad y soy consciente de que a veces solo caben las propuestas de *lege ferenda*, pero a mi juicio no es este el caso. Como expondré más adelante, en mi opinión nuestro Código Penal cuenta con preceptos suficientes para —con respeto al principio de legalidad y dependiendo del supuesto concreto— reflejar en la calificación jurídica y en la determinación de la pena la situación de exclusión social que determinó la comisión delictiva: eximentes, atenuantes, específicas cláusulas de atenuación o exención en algunos delitos, posibilidad de aplicación analógica a favor del reo en el marco que permite el Código penal, reglas de individualización de la pena, etc. Esos preceptos existen y la doctrina desde hace bastantes años viene poniéndolos de relieve, por lo que no se trata de falta de herramientas, sino más bien de falta de voluntad para aplicarlas. Dentro de la interpretación posible, optar por la solución que permita una mejor adecuación de la respuesta penal a la situación de exclusión del infractor o infractora, es —entre otros argumentos— un corolario del principio de igualdad y un mandato derivado del modelo social y democrático de nuestro Estado, resultando más acorde a la consideración de la pobreza severa como una vulneración de derechos. Oponerse a esto es lo que realmente estaría necesitado de una explicación, más allá de las dudas.

V. ANGELINA

Propongo abandonar el nivel abstracto del debate —que por este carácter puede dar lugar a incorrectas interpretaciones— y pasar al caso concreto. Aterrizar las construcciones teóricas en un caso real siempre resulta clarificador.

“[L]a acusada Angelina, llegó al aeropuerto de Barcelona [...] en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10% destinada al posterior tráfico [...]. La acusada fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete

meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó a insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las “bolas” en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada al destino la estaría esperando una persona” (Sentencia nº 183/2020, de 22 de junio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona).

Se trata de hechos probados a los que habría que añadir que Angelina tenía 21 años al tiempo de los hechos y que el proceso de captación y explotación fue extraordinariamente comprimido y rápido. Angelina insertó los anuncios el 6 y 7 de agosto. Contactaron con ella el 8 de agosto y el día 10 estaba a bordo del avión con destino a Barcelona con la cocaína en su aparato digestivo. Tras su detención, le fue decretada prisión preventiva que se prolongó durante más de once meses. A consecuencia de esta situación, los servicios sociales peruanos se hicieron cargo de su bebé.

¿Ha de tener relevancia en la responsabilidad penal la situación de Angelina o, por el contrario, debe responder igual que quien actúa por pura codicia? ¿Qué haríamos si fuéramos nosotros quien tiene que juzgar?

VI. RESPUESTAS POSIBLES

El caso de Angelina fue enjuiciado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que, en Sentencia nº 183/2020, de 22 de junio, la absolvió del delito contra la salud pública del que era acusada. El Ministerio Fiscal recurrió y la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia nº 351/2021, de 2 de noviembre, ratificó la resolución de instancia, apuntalando alguno de los argumentos. El Fiscal interpuso recurso de casación, encontrándose pendiente de resolución al tiempo de redactar estas líneas.

Ambas sentencias son pioneras. Por primera vez se aborda un caso de las denominadas “mulas” desde la perspectiva de la trata, en particular de la trata para “la explotación para la realización de actividades delictivas”. También, por primera vez desde su introducción en 2010, se aplica el

“principio de no punición” a las víctimas de trata para fundamentar una sentencia absolutoria. Consideran estas resoluciones que Angelina es una víctima de trata abusiva, concurriendo el medio comisivo típico de “abuso de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima” y que se satisfacen el resto de los requisitos del principio de no punición a la luz de lo establecido art. 177 bis 11 del CP.

Los requisitos del principio de no punición, con especial consideración al caso de Angelina, son analizados con más detalle en el informe *Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo. El principio de no punición (art. 177 bis 11 del Código penal)*. En él también se aboga por una jurisprudencia del Tribunal Supremo más receptiva con las situaciones de exclusión social y vulnerabilidad y por la superación de la línea jurisprudencial que rechaza la aplicación de la eximente de estado de necesidad —ni siquiera con efectos atenuantes— por situaciones graves de penuria y vulnerabilidad en los delitos de tráfico de drogas.

En efecto, las alegaciones sobre las situaciones de exclusión social se han venido canalizando a través de la eximente de estado de necesidad. La respuesta de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sido negar en los delitos de tráfico de drogas la aplicación de la eximente de estado de necesidad. Llama la atención la ligereza argumental con la que se rechaza la toma en consideración de situaciones de pobreza realmente dramáticas. Se trata de una jurisprudencia que magnifica el daño causado por la “mula”, imputándole no las consecuencias derivadas de su conducta, sino todos los daños que genera el tráfico de drogas, mientras que niega cualquier relevancia a la situación de vulnerabilidad y pobreza en que se encontraba el infractor penal (ATS 130/2021, de 14 de enero; ATS 121/2021, de 21 de enero; ATS 1203/2021, de 4 de noviembre; ATS 702/2019, de 18 de julio; ATS 83/2017, de 24 de noviembre, entre otros muchos), reservando la aplicación de la eximente —sin justificar por qué solo de forma incompleta— a casos en los que existe un riesgo de muerte inminente de algún familiar y se buscaba dinero para financiar la intervención quirúrgica (STS 1998/2000, de 28 de diciembre). La doctrina penal viene siendo muy crítica con esta jurisprudencia, tanto por la forma de ponderar los males en conflicto como también por el uso que la Sala Segunda hace de un supuesto “efecto llamada” o merma de la función preventivo general que supuestamente conllevaría la exención o atenuación en estos casos, apelando a esta supuesta merma para justificar la inaplicación del art. 20.5 CP. (Gil Nobajas, 2022; Molina Blázquez, 2020; Cigüela Sola, 2019; Laurenzo Copello, 2019; Martínez Escamilla, 2004, entre otros).

Creo que en su redacción actual el Código penal ofrece herramientas para, en la mayoría de los casos, poder adaptar la respuesta penal a las circunstancias de exclusión social conectadas con delito. La amplitud del tenor literal del artículo 20. 5º del Código penal convierte a mi juicio la eximente de estado de necesidad en un instrumento aplicativo viable, sin excluir a priori, pues dependerá del caso concreto, las eximentes de anomalía psíquica (art. 20. 1º CP), alteración en la percepción (art. 20. 3º CP) o miedo insuperable (art. 20. 6º CP) u otras herramientas que la doctrina viene desde hace tiempo apuntando. Ténganse en cuenta, además, las posibilidades que brinda la analogía a favor del reo, que nos permitirá salvar posibles obstáculos derivados del tenor literal cuando se justifique la “identidad de razón” entre el supuesto analizado y los motivos que explican otras causas de exención o atenuación de la pena. Silva Sánchez apunta el posible uso de la analogía (2018), que aún sometida a las reglas estrictas del pensamiento analógico, puede resultar muy útil. La analogía es, por otra parte, un instrumento del que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha hecho un uso muy flexible. Se puede recordar, por ejemplo, la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas antes de que se introdujera expresamente en el Código penal a través de la LO 5/2010 (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 21 de mayo de 1999). Se trata de un uso de la analogía no limitado a las atenuantes, sino que también se ha aplicado a circunstancias que afectan a la punibilidad, como es el caso del art. 268 CP, considerando el Tribunal Supremo la excusa absolutoria recogida en este precepto también aplicable a relaciones estables semejantes al matrimonio (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005).

Admito que la concreta herramienta a aplicar y su medida pueda suscitar dudas, pero no debería generarlas la necesidad de que el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho atienda en su respuesta a la situación de exclusión social que determinó la comisión delictiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acale Sánchez, M. y Gómez López, R. (Coords.). (2015). *Derecho penal, género y nacionalidad*. Comares.
- Asociación pro Derechos Humanos Andalucía (APDHA). (2022). *Informe sobre la situación de las mujeres presas. Tratamiento y derechos de las mujeres privadas de libertad en los centros penitenciarios de España y Andalucía*, <https://apdha.org/media/Informe-APDHA-situacion-mujer-presa-web.pdf>

- Beltrán Núñez, A. (2016). Prólogo a Ríos Martín, J.; Etxebarria Zarrabeitia, X y Pascual Rodríguez, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid.
- Cabrera Cabrera, P. (2002). "Cárcel y exclusión". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 35, pp. 83-120.
- Cigüela Sola, J. (2019). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Tirant lo Blanch.
- Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, (2012). *Proyecto final de los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona*, (Doc. A/HRC/21/39).
- Díez Ripollés, J. L. (2011). "La dimensión inclusión/exclusión como guía de la política criminal comparada". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-24.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Editorial Trotta.
- Gil Nobajas, M. S. (2022). "Tráfico de drogas y estado de necesidad: análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga". En Benito Sánchez, D. y Gil Nobajas, M. S. *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*. Tirant lo Blanch, pp. 457-497.
- Igareda González, N. (2007). "Mujeres en prisión", en Cerezo Domínguez, A. I. y García España, E.: *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Comares, pp. 75-100.
- Laurenzo Copello, P. (2019). "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-42.
- López Hernández, G. M. (1999). *Condición marginal y conflicto social*. Talasa.
- Martín Lorenzo, M. (2009). *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch.
- Martínez Escamilla, M. (2004). "Los "correos de la cocaína" y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general", en Octavio de Toledo y Ubieto, E y Gurdíel Sierra, M. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, pp. 701 y ss.
- Martínez Escamilla, M.; Valle Mariscal de Gante, M.; Sánchez Tomás, J. M.; Segovia Bernabé, J. L.; Asúa Batarrita, A.; Gimbernat Ordeig, E.; Villacampa Estiarte, C.; Ríos Martín, J. C.; Etxebarria Zarrabeitia, X; Vieyra Calderoni, M. (2022). *Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo*. E-Prints Complutense. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/71180/>.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppetor.
- Molina Blázquez, C. (2020), "Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los "correos de la coca" y la ocupación pacífica de inmuebles". En Benito Sánchez, D. y Gómez Lanz, J. (Eds.), *Sistema Penal y Exclusión Social*. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 109 ss.
- Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2019). *Informe sobre Desarrollo Humano 2019. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI*.
- Puente Rodríguez, L. (en prensa). "Algunas dudas acerca de la atemperación del castigo del excluido".
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier.

