

LOS EXCLUIDOS SOCIALES Y EL DERECHO PENAL¹

Guillermo Todarello

Leandro Destefano

Aclaración previa

El objetivo de este trabajo es abordar las contribuciones que algunos teóricos han desarrollado sobre la aplicación del Derecho Penal a conductas realizadas por personas que se encuentran en situación de exclusión social (Cigüela Sola 2015, 2017a, 2017b, 2019; Silva Sánchez 2018; Yacobucci 2022). En el presente artículo nos centraremos en el trabajo de Cigüela Sola (2015). Se analizará cómo impacta el sistema penal sobre aquellos que carecen de la posibilidad de gozar y ejercer los principales derechos. De allí que resulte necesario describir el problema de la legitimación del sistema penal en dichos supuestos. Además, se examinarán las propuestas que existen para intentar evitar la aplicación de una pena –o disminuir su intensidad– frente a la comisión de conductas ilícitas por parte de *ciudadanos* marginados.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ámbito, la exclusión social es un hecho de la realidad². Se consideran excluidos sociales a las personas que no tienen acceso a aquellos bienes, servicios y derechos que permiten una socialización básica –escolarización, vida familiar y social, sanidad, acceso al trabajo–, viendo impedido el libre desarrollo de su personalidad según el estatus medio de la sociedad en concreto. Dicha situación constituye un desafío para la legitimidad del sistema social y las normas penales. En una misma sociedad hay individuos con estatus de persona –ciudadanos “normales”, incluidos– y otros que, por estar privados de los derechos asociados al estatus, están total o parcialmente excluidos del mismo. Es imprescindible entonces reparar en esas diferencias y, como consecuencia de ello, recurrir, en los casos de personas excluidas, a la atenuación o exclusión de la pena por *disminución de la exigibilidad*.

2. LAS PERSONAS INCLUIDAS Y LAS EXCLUIDAS

El delito no sólo se explica por déficit de motivación del sujeto, sino también por un déficit de socialización imputable al propio sistema social: se verifica una especie de corresponsabilidad (Estado-individuo). Una sociedad de signo igualitario pierde su fundamento cuando en su interior existen, al lado de los individuos con acceso a los derechos, bienes

¹ Cítese como: Todarello, G. & Destefano, L. (2023). Los excluidos sociales y el Derecho Penal. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 102-110.

² www.indec.gob.ar

y servicios que constituyen su estatus como ciudadanos, otros individuos que están materialmente excluidos de ellos, convirtiéndose así en no-ciudadanos. Se trata de una cuestión central para el Derecho penal porque la criminalización es mayor entre las personas que viven en situaciones de exclusión social que en el resto de la sociedad (Cigüela Sola 2015, con cita de Baratta 1988; Gargarella 2008).

La condición de persona en sociedad es el estatus relacionado con el acceso a bienes y servicios como el trabajo, el consumo, el conocimiento y demás aspectos que permiten el desarrollo de una vida personal y social. Aquellos que carecen de dicho acceso quedan posicionados, como consecuencia, fuera del sistema social, excluidos. Dichos seres humanos, en relación con algunos aspectos sociales básicos no aparecen como “personas”. Son marginados sociales.

Las personas “normales” no identifican como iguales a los excluidos. No sólo quienes duermen en la calle, se alimentan de la basura, sufren un consumo problemático de estupefacientes, etc., sino también quienes carecen de trabajo, de acceso a educación, a sanidad, y servicios básicos. En consecuencia, no sólo se brinda una débil respuesta contra la exclusión previa al delito (en términos de política social), sino que una vez producido el delito la respuesta a la exclusión es más exclusión, a partir del encarcelamiento. El problema será entonces cómo incluir en el sistema penal –como sujetos de castigo y encarcelamiento– a personas que previamente han sido excluidas del sistema social.

3. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD: EL CASTIGO COMO RESPUESTA AL ABANDONO ESTATAL

Un barrio de extrema pobreza del conurbano bonaerense conformado por un conglomerado de viviendas precarias de mampostería fue el escenario de un conflicto entre vecinos, un hombre y una mujer trans, que vivían uno frente a la otra. La mujer tenía su casa a la venta (en estos barrios las propiedades se venden por escaso dinero y sin ninguna formalidad). A causa de una rencilla entre ambos, el hombre, aprovechando que la mujer no se encontraba en su domicilio, se introdujo en él, sacó a la calle los tres o cuatro muebles que había y los vendió, y anunció en el barrio que ponía la casa a la venta, en su provecho. La mujer trans era amiga del hijo adolescente del intruso, con quien se encontraba al momento de enterarse de que el hombre había entrado a su casa. Entonces, simuló tener al menor privado de su libertad (éste nunca estuvo junto a ella contra su voluntad), para exigirle al usurpador que le pagara el valor de las cosas y que se fuera de la casa o se la comprara. El hombre hizo la denuncia policial y la mujer trans fue detenida,

imputada por el delito de secuestro extorsivo agravado por ser la víctima menor de 18 años, y alojada en un penal federal de máxima seguridad³.

Un observador razonable analizaría las circunstancias de este hecho a la luz de las costumbres, la instrucción y la cultura de los sujetos involucrados, y al hacerlo con esa prudencia llegaría a la conclusión de que lo que ha existido aquí es una problemática barrial de individuos que viven en una situación de precariedad tal que difícilmente podrían dirimir sus controversias de un modo menos traumático. Pero aquí, como vemos, todo terminó con una persona presa y acusada de uno de los delitos más graves que tipifica nuestra ley penal. Tan particular solución desde la justicia, que es frecuente, impone ciertas reflexiones.

En nuestra sociedad actual se admite que sólo el Estado es quien tiene la atribución del uso de la coacción para intervenir en el ámbito de libertad de las personas y así lograr determinados fines sociales. Ese nivel de evolución se alcanzó a partir de una profunda reforma de la organización social provocada por la creación del poder político central, ausente en las sociedades primitivas. En efecto, cuando se produjo la aparición del Estado-Nación como forma política que desplazó a la organización feudal o local, éste asumió con exclusividad el ejercicio del poder persecutorio y punitivo. Por ello se habla del monopolio por parte del Estado del ejercicio de la fuerza.

Ahora bien, es previsible que, si el poder público deja de ejercer su función y abandona a su suerte a los individuos, éstos se vean inclinados a reasumir la defensa de sus bienes y derechos. Esta situación se advierte claramente en determinadas conductas alcanzadas por el Derecho penal, y que se encuentran vinculadas a individuos en situación de marginación. El Estado ha desaparecido hace tiempo de la vida de estas personas, si es que alguna vez estuvo allí. La realidad social de los excluidos muestra una total ausencia del poder público frente a sus demandas más básicas.

En ese contexto casi anárquico, naturalmente todos pugnan por satisfacer sus necesidades básicas, en algunos casos de cualquier modo, lo que genera un ámbito de profunda conflictividad social, favorecida además por el déficit en la educación primaria, en la salud pública –es evidente la proliferación cada vez más acentuada de sustancias tóxicas de fácil acceso–, y por el ocio forzado a raíz de la falta de trabajo, todo lo cual genera que la vida cotidiana se desarrolle en un estado de permanente anomia.

³ El caso es real, el barrio se llama “Las Casitas” y se encuentra en la localidad de Glew, Partido de Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires. El proceso tramitó ante la justicia federal de Lomas de Zamora y la mujer trans fue alojada en el Complejo Penitenciario Federal I de la localidad de Ezeiza. Al procesarla, el juez modificó la calificación legal que había dispuesto originariamente, pasando de la figura de secuestro extorsivo a la de extorsión (art. 168 CP), cuya pena mínima es de cinco años de prisión, y decretando la prisión preventiva de la imputada, que carecía de antecedentes penales. Los autores del presente trabajaron en ejercicio de la defensa de la mujer, postulando la atipicidad de su conducta.

Dicha ausencia estatal también se refleja en los graves problemas de urbanización: personas excluidas viven en asentamientos en los que no se controla la legalidad y seguridad de las construcciones; los servicios básicos directamente faltan (agua potable, cloacas) o son insuficientes (el suministro de luz eléctrica, por ejemplo, se obtiene mediante conexiones clandestinas y peligrosas); hay una total ausencia de formalidad registral en la transferencia de los inmuebles, que se compran y venden bajo la forma de compraventas manuales (como en el caso comentado), favoreciendo los despojos y usurpaciones, etc.

A esas carencias se suman los problemas en materia de seguridad urbana, pues con fuerzas policiales ausentes, corrompidas o, en el mejor de los casos, ocupadas en delitos más graves, nadie ejerce la tarea preventiva de evitar los conflictos entre las personas. Tampoco, por supuesto, para ellas la justicia se presenta como un mecanismo asequible al que recurrir para reclamar por sus derechos, porque no cuentan con recursos materiales ni culturales, para hacerlo, y porque, en cualquier caso, la mayoría de las veces allí no serán oídas. Por eso, cuando los conflictos llegan, no es de extrañar que las partes, en defecto del Estado, diriman la controversia reasumiendo el mecanismo de la *vindicta* privada, pues ya no está aquél que había expropiado al ciudadano el poder de reaccionar contra su ofensor.

Frente a esta situación, cómo justificar que el poder público, que antes no satisfizo las necesidades más elementales de esas personas, ni tampoco previno las violaciones de las prohibiciones o los mandatos estatales ni otorgó un ámbito donde reclamar frente a ellas, quiera ahora restablecer el orden o resolver el conflicto que él mismo contribuyó a generar, nada menos que mediante la actuación del poder penal, el cual representa “*la más poderosa autorización coactiva (para el uso de la fuerza) contra los individuos que posee la organización política, el arma más destructiva de la libertad natural del ser humano*” (Maier 1999, 160). Es evidente que no es posible justificar la actuación del Derecho penal en ese contexto.

En todo caso, si el poder público quisiera –en dichos supuestos– reasumir su autoridad y resolver la controversia (es decir, cumplir un deber que le es propio), correspondería que lo haga mediante mecanismos no punitivos que atiendan a la particular situación social, educativa y cultural de las personas en situación de exclusión, hace tiempo abandonadas, y no mediante el sometimiento inmediato e irreflexivo a un poder punitivo cuya actuación presupone una realidad social hartamente diferente a la que hemos descripto.

4. RELACIÓN ESTADO-CIUDADANO

Es necesario analizar la relación recíproca entre el Estado y el ciudadano. Al ciudadano se le exige someterse al Derecho y el cumplimiento de las obligaciones que permiten la convivencia y el desarrollo social. Pero se necesita una contrapartida de parte del Estado: la garantía de los derechos fundamentales.

No sólo un reconocimiento formal de los derechos, sino la posibilidad material de poder ejercerlos. El Estado debe asegurar las condiciones socioeconómicas que permiten dar contenido real a dichos derechos. Así, el derecho a la sanidad implica contar con hospitales accesibles. El derecho a la educación conlleva la existencia de escuelas que cumplan con su función. El desarrollo personal y social del ser humano pasa precisamente por esas actividades (educación, manutención, sanidad, protección familiar y de la comunidad, posibilidad de elaborar un proyecto de vida) que son objeto de protección del derecho. Si el Estado no posibilita su ejercicio, estará incumpliendo su parte en esa relación recíproca que fundamenta la comunidad.

El problema que se deriva de todo ello es precisamente la legitimación del castigo del excluido social. Es difícil exigir el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a quienes el sistema social ha obstaculizado el ejercicio de aquellos derechos básicos. Sin duda, es una contradicción castigar a quien vive en la miseria e indigencia, a quien se encuentra en situación de calle, al habitante de una villa sin acceso a bienes y servicios básicos o al adicto grave sin atención médica. Ellos aparecen como “ciudadanos” en el momento de ser castigados, sin que hayan sido considerados “ciudadanos” con anterioridad, es decir cuando debieron ser asistidos o socializados.

Ese modo selectivo de operar del Estado en relación con las personas excluidas debe tener consecuencias a la hora de definir la vigencia de determinadas obligaciones jurídicas para estos sujetos. En concreto, hay que determinar si el deber de obediencia se mantiene aún frente a la situación de exclusión social del destinatario o si, en determinados casos, corresponde aplicar excepciones. Por ello, al referirnos a las personas excluidas y el Derecho penal, el tema central pasa por definir la legitimidad para aplicar este último respecto a aquellos: es decir, la legitimación que un Estado excluyente ostenta para hacer responsables a personas marginadas por hechos penalmente antijurídicos.

5. LAS DIFERENTES CATEGORÍAS DE DEBERES JURÍDICO-PENALES

Es posible distinguir dos grupos de deberes jurídico-penales de acuerdo con su naturaleza. Por un lado, aquellos deberes conectados a la *noción de dignidad humana*, como el respeto a la integridad física y psíquica de los individuos, a la vida, a la libertad sexual, etc. Y por otro, deberes conectados con la *noción de ciudadanía*, donde se incluyen aquellos delitos que tienen que ver con la propiedad, con el orden y la salud pública o con la seguridad.

Los primeros se caracterizan como aquellos deberes estrictamente penales, que protegen bienes jurídicos nucleares para el mantenimiento de la sociedad (básicamente vida, libertad y seguridad); y los segundos como aquellos que están en el límite entre lo administrativo y lo penal, deberes que, si bien a raíz de las últimas evoluciones legislativas

están cada vez más integrados como delitos, lo que hacen es proteger bienes de una importancia secundaria respecto a los primeros.

Cuanto más conectado esté el bien jurídico lesionado con la noción de dignidad más fácil será fundamentar la responsabilidad penal de la persona excluida. Ello así, por haber infringido un deber ético-jurídico básico: es lo que ocurre con los delitos contra la vida, los delitos contra la integridad física y psíquica o los delitos sexuales, donde la situación particular del excluido no modifica la reprochabilidad de su conducta.

Por el contrario, cuanto más conectado esté el delito con la noción de ciudadanía política más difícil será justificar dicha responsabilidad, en tanto el sistema social ha contribuido a que no interiorice el vínculo jurídicopolítico que dichos deberes tienen como fundamento: así sucede con gran parte de los delitos de peligro abstracto, de desobediencia y resistencia (no violenta) a la autoridad, los delitos sin víctimas como la posesión o venta menor de drogas, los delitos de bagatela, las faltas contra el orden público, e incluso algunos delitos patrimoniales; es decir, delitos donde la condición de excluido es capaz de mitigar o excluir la reprochabilidad de la conducta⁴.

En resumen, cuanto más afecte el delito del excluido a bienes personales básicos, emerge con mayor razonabilidad la legitimidad de su castigo, y cuanto más afecte a bienes secundarios de la comunidad, justamente aquellos que se le habían negado, más difícil será legitimar su castigo y, por tanto, surge como necesaria la atenuación o exclusión de la responsabilidad. Por ejemplo, el excluido social que comercia con objetos falsos y de imitación (ropa, calzado, bolsos, carteras, etc.) no puede ser castigado como por un delito contra la propiedad intelectual; pero la conclusión podrá ser diferente cuando en su huida de la policía atente contra la integridad física de los agentes.

6. LA “INEXIGIBILIDAD” COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA PARA IMPEDIR O ATENUAR EL CASTIGO DEL EXCLUIDO

Este análisis se realizará, desde luego, cuando no resulten aplicables otras figuras o causales de la teoría del delito que permitan la exclusión del castigo o su atenuación (estado de necesidad, error de prohibición, etc.). Una vida en condiciones de marginalidad suele implicar un menor cuidado y una menor conciencia de determinadas obligaciones jurídicas, pero no siempre conduce a una imposibilidad cognitiva o volitiva de apreciar el significado de la propia conducta. Sin embargo, aún en esos casos que no se verifique esa imposibilidad, es posible atenuar o excluir la responsabilidad, esta vez no por razones

⁴ Para profundizar el fundamento de esta distinción: Cigüela Sola (2015).

internas al excluido, sino por una “falta de exigibilidad” que deriva de la especial relación del Estado con el sujeto en cuestión.

Por su parte, Silva Sánchez distingue claramente entre las *razones internas* al excluido, que pueden derivar en un error de prohibición, y las *razones externas*, derivadas de la especial relación entre el Estado excluyente y el individuo excluido, la cual “podría comportar desde la impunidad en algunos casos, pasando por la atenuación de la responsabilidad en otros, hasta la plena sanción en los restantes (más graves), si bien acompañada siempre de un objetivo de resocialización” (2013, 715-725). Este concepto de inexigibilidad es tomado por Cigüela Sola (2015) como causa de “excusa” o “disculpa” en casos en los que el Estado no ha sido capaz de regular adecuadamente “situaciones de grave conflicto para el ciudadano”⁵.

Incluso explica que otros autores van un poco más allá y afirman no sólo la excusa –en situaciones de “coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para acceder a bienes normalmente disponibles por medios no criminales”–, sino además la *justificación*, “si el crimen puede ser visto como una respuesta a, o como un intento para, remediar la injusticia” (Gargarella 2011, 37-54). Es decir, “el Estado se contradecía a sí mismo si, por un lado, exige un comportamiento en un sentido determinado, pero, por el otro, no ha ofrecido o es incapaz de ofrecer al sujeto alternativas de actuación –más o menos institucionalizadas y disponibles– para la evitación del conflicto” (Robles Planas 2011, 117-118). En definitiva, el Derecho no puede resolver con una nueva exclusión el problema de quien ya estaba excluido.

Sin embargo, tal como referimos anteriormente, es preciso realizar una distinción de acuerdo con la gravedad del hecho.

Por lo tanto, esa contradicción se verificaría precisamente con los excluidos sociales, en *delitos conectados con la idea de ciudadanía política*, en la medida en que si el Estado les castigase estaría incurriendo en grave contradicción al obligarles a reconocer un vínculo jurídico-político que la propia comunidad les había negado con anterioridad (Cigüela Sola 2015, 146). No obstante, en delitos que afectan a la *dignidad humana* –y que configuran, por tanto, conductas gravemente antijurídicas–, estas contradicciones (que siguen existiendo) no son suficientes para que las prohibiciones penales se vean debilitadas respecto al excluido, precisamente porque éste puede reconocer sus intereses en los intereses de la víctima, y porque en el ámbito de la exclusión también deben asegurarse los mínimos de convivencia.

⁵ Explica que en ese sentido lo han esgrimido autores como Michael Köhler (1997) o Ricardo Robles Planas (2011).

Respecto del esquema jurídico que podría habilitar la solución dogmática correcta en el primer grupo de casos (delitos conectados con la idea de ciudadanía política) es interesante explorar la solución propiciada en nuestro ámbito por el juez Yacobucci, quien desarrolló –tanto en doctrina como jurisprudencia– la idea de “*interpretación en equidad*” como una fórmula eficiente para evitar la aplicación de sanción en aquellos casos en los cuales la misma resulta contraria la idea de justicia⁶.

7. CONCLUSIÓN

Los deberes penales del excluido pueden relativizarse cuando se trata de delitos que afectan a la idea de ciudadanía y a los bienes secundarios de la comunidad, pues la posición moral del Estado se vería debilitada si pretendiese solucionar mediante el castigo conflictos sociales a los que él mismo habría contribuido por un abandono o por una distribución injusta de los recursos. Para alcanzar una solución desde el punto de vista de la dogmática penal, el análisis de la *inexigibilidad* surge como un elemento válido capaz de impedir o atenuar⁷ el castigo del excluido.

BIBLIOGRAFÍA

Baratta, A. 1988. “La vida y el laboratorio del derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal”. *Doxa*, núm. 5.

Cigüela Sola, J. 2015. “Derecho Penal y exclusión social”, *Isonomía*, n.º. 43, octubre 2015, pp. 129-150;

Cigüela Sola, J. 2017a. “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, *InDret* 2/2017.

⁶ Yacobucci (2022). CFCP, Sala II, causa n.º 11.089, “Rodríguez, Javier Horacio s/ recurso de casación”, Reg. 16.089, del 15.03.2010. CFCP, Sala II, causa n.º FCB 27987/2814/TO1/CFC1, “Vázquez, César y otro, s/recurso de casación”, Reg. 204/21, del 04.03.2021, considerando 10. CFCP, Sala II, causa n.º CPE 518/2014/TO1/CFC2, “Agüero, Julio César s/ recurso de casación”, Reg. 354/22, del 21.04.2022. CFCP, Sala II, Causa n.º FMP 51564/2016/TO1/7/CFC8, “Atienza Vargas, Juliana s/ recurso de casación”, Reg. 776/23, del 12.07.2023. CFCP, Sala II, causa n.º CPE 591/2015/TO1/25/CFC3, “González, Lucas Matías Jesús y otros s/ recurso de casación”, Reg. 1626/22, del 13.12.2022. CFCP, Sala II, causa CPE 591/2015/TO1/32/CFC4, “González, Lucas Matías Jesús y otros s/ recurso de casación”, Reg. 828/23, del 14.07.23. Dicho criterio fue comentado por Dopazo, Ezequiel H., “El paso del tiempo y su impacto en la necesidad de castigo. Un debate necesario en tiempos de demora judicial. Comentario al fallo ‘Vázquez’ de la Cámara Federal de Casación Penal”, publicado en “Nuevo derecho de ejecución penal”, Dirección: Rubén Alderete Lobo-Pablo Andrés Vacani, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 267/285.

⁷ Art. 40 y 41, Código Penal.

Cigüela Sola, J. 2017b. “Aproximación a una Dogmática de la exclusión social”, Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 17.

Cigüela Sola, J. 2019. “Crimen y castigo del excluido social, sobre la ilegitimidad política de la pena”, Tirant lo Blanch.

Gargarella, R. 2008. “De la injusticia penal a la justicia social”, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes.

Gargarella, R. 2011. “El derecho y el castigo. De la injusticia penal a la justicia social”. Derechos y Libertades, núm. 25, época ii.

Köhler, M. 1997. Strafrecht. Allgemeiner Teil, Springer.

Maier, J.B.J. 1999. “Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”, Editores del Puerto S.R.L.

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

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

Silva Sánchez, J. 2018. “Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal”, Atelier.

Yacobucci, G. 2022. “(In)exigibilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas”, BdeF.