

EXCUSAR LAS PENAS INJUSTAS: SOBRE LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA PENAL EN SOCIEDADES INJUSTAS*

ROCÍO LORCA**
Universidad de Chile

Sumario: I. La legitimidad política como condición para la justificación del castigo. II. Y, sin embargo, castigar debemos: la conclusión confusa. III. Excusar el castigo. IV. Conclusión. Bibliografía.

Palabras Clave: Autoridad para castigar, injusticia social, justificaciones y excusas.

*¡Muerto por un ángel de Dios!
Y, sin embargo, el ángel debe morir.
Herman Melville, Billy Budd*

La teoría del Derecho penal ha ofrecido principalmente dos tipos de respuesta a la pregunta de si es posible impartir *justicia* penal en sociedades injustas. Para un primer tipo de respuestas, esa posibilidad depende de la medida en la que las condiciones materiales de la injusticia, como la falta de bienes básicos, pueda socavar los requisitos de la responsabilidad penal individual¹. Para un

* Título original: “Excusing Unjustified Punishment: On Doing Criminal Justice in Unjust Societies”, en *Modern Criminal Law Review*, vol. 1, 1 (2024), pp. 50-63. Traducción de Alejandra Olave Albertini.

** Profesora asociada. Quisiera agradecer a Antony Duff por plantear muchas preguntas y objeciones que me llevaron a reflexionar sobre las ideas expuestas en este artículo, y a Nicola Lacey por animarme a escribirlo y por invitarme a colaborar en este número inaugural. También me gustaría dar las gracias a todos los participantes en el taller “Reconstructing Criminal Law Revisited” por sus valiosos comentarios a un borrador previo de este artículo, y a los editores de *Modern Criminal Law Review* por sus dedicadas revisiones. Por último, pero no por ello menos importante, a David Barker por sus siempre lúcidos comentarios y ediciones. Este artículo fue escrito como parte de mi proyecto de investigación Fondecyt #1241747: “El feminismo en la encrucijada entre lo nuevo y lo antiguo”.

¹ Respuestas afirmativas a esta pregunta se han defendido ocasionalmente en la teoría y la práctica jurídicas. Un ejemplo clásico es la opinión disidente del juez presidente David L. Bazelon en *United States v. Alexander*, 471 F.2d 923, 957 (D.C. Cir. 1973) (Bazelon, C.J., disidente); véase también DELGADO, Richard “Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?”, en *Law & Ineq.*, vol. 3, 9

segundo grupo de respuestas, dicha posibilidad depende de la medida en la que la injusticia social puede socavar la autoridad del Estado para castigar, es decir, la normatividad jurídica del Derecho penal². La mayoría de quienes, desde esta segunda perspectiva, han sostenido que la injusticia social puede de hecho afectar la autoridad de un Estado para castigar han evitado, sin embargo, arribar a la conclusión más radical de que en ciertos casos de injusticia extrema, la pena estatal no se encontraría justificada. Este titubeo se ha sustentado en razones que ofrecerían un contrapeso a la pérdida de autoridad para castigar, y que serían preponderantes, dejando entonces a salvo (aunque damnificada) la justificación de la pena estatal³. Nicola Lacey ha sostenido recientemente que este tipo de posturas ofrecen conclusiones “fangosas” (en el sentido de poco claras) frente al problema de la justificación de la pena estatal en sociedades injustas⁴. Dichas conclusiones serían “fangosas” porque no está claro por qué y cuándo estas razones preponderantes deben prevalecer sobre la conclusión *prima facie* de que la pena estatal no se encuentra justificada frente a víctimas de una injusticia social o política. Quizás parte importante de lo que da fuerza

(1985). Ahora bien, la búsqueda de una excusa en casos como estos tiene una historia mucho más larga. Bajo la doctrina de la necesidad, se ha argumentado durante mucho tiempo que la pobreza extrema puede ser fundamento para justificar ciertos delitos, especialmente los delitos contra la propiedad. Esto se formuló como doctrina jurídica en Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* 2.2ae. 66.7, así como en la obra de los canonistas medievales que, durante el siglo XIII, argumentaban que los pobres no eran culpables de robo cuando se apoderaban del exceso de propiedad de los ricos para sustentar su vida. Véase TIERNEY, Brian (1997). *The Idea of Natural Rights*. Atlanta: Scholars Press, pp. 70-73; LORCA, Rocío *et al.* “El hurto famélico en las decisiones de los tribunales penales chilenos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50 núm. 2, (2023). Algunos se han mostrado escépticos con respecto al uso de la excusa de la necesidad. Véase GREEN, Stuart P. “Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders”, en *U. Chi. Legal F.*, 43 (2010); WALDRON, Jeremy. “Why Indigence Is Not a Justification”, en HEFFERNAN, W.C. y KLEINIG, John (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2000).

² Véase DUFF, Antony. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, (2001); véase también GARVEY, Stephen P. “Injustice, Authority, and the Criminal Law”, en SARAT, A. (ed.) *The Punitive Imagination: Law, Justice, and Responsibility*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, pp. 60-63; LORCA, Rocío. “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture & Human.* Vol. 18, 2, (2022); SHELBY, Tommie. “Justice, Deviance, and the Dark Ghetto”, en *Phil. & Pub. Affs.*, vol. 35, 2, (2007); LACEY, Nicola. “Criminal Justice and Social (In)Justice”, en Mantouvalou, V. y Wolf, J. (eds.). *Structural Injustice and the Law*. California: UCL Press (2024).

³ Véase *infra* § II.

⁴ La autora habla de “muddy conclusión”. LACEY, “Criminal Justice...”, *ob. cit.*, pp. 198-200.

a estas razones preponderantes es una cierta renuencia —tal vez incluso miedo— a aceptar las consecuencias de la conclusión inicial, basada en principios⁵.

Para desentrañar, y tal vez evitar, la conclusión fangosa o confusa, en este artículo propongo un tercer tipo de conclusión normativa frente a la cuestión de si es posible impartir *justicia* penal en sociedades injustas, esto es, la posibilidad de considerar una excusa para la pena estatal similar a un Estado de Necesidad exculpante. Si esta posibilidad es válida, las penas estatales (al igual que los delitos) podrían entonces encontrarse justificadas, injustificadas o injustificadas pero excusables.

Procederé de la siguiente manera. En primer lugar, expondré brevemente el problema del castigo en sociedades injustas, partiendo de una visión política del Derecho Penal en la que la justificación de la pena estatal depende no sólo de que ésta sea una respuesta adecuada o merecida frente a un comportamiento humano, sino también de los niveles de legitimidad de que goce la relación política en la que se impone la pena. En segundo lugar, describiré la “conclusión fangosa” tal y como aparece en la obra de algunos juristas que han mostrado su preocupación por la legitimidad del castigo en contextos de injusticia social y política. Me centraré especialmente en los estudios de Antony Duff. En tercer lugar, presentaré la distinción entre justificaciones y excusas para articular la idea de un estado de necesidad exculpante como un argumento disponible para que una comunidad política pueda explicar la imposición de penas en contextos de injusticia. Aunque esta propuesta plantea desafíos conceptuales y prácticos que no podré abordar aquí adecuadamente, terminaré sosteniendo que hay buenas razones normativas e instrumentales para dar cabida a este tipo de conclusión.

I. LA LEGITIMIDAD POLÍTICA COMO CONDICIÓN PARA LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

Según G.E.M. Anscombe, la pena estatal puede adolecer de una falta de justificación a lo menos en dos tipos de casos: por ser inmerecidas o por ser impuestas por alguien “que no tenía derecho a infligirlas”⁶. En el marco de la

⁵ De hecho, no es de extrañar que este “miedo” fuera detectado por los primeros abolicionistas “escandinavos” de la década de los 70, quienes dedicaron una parte importante de su trabajo a demostrar que o bien no había nada que temer, CHRISTIE, Nils. “Conflicts as Property”, en *Brit. J. Criminology*, vol. 17, núm. 1 (1977), o para argumentar que debíamos aceptar lo desconocido y saltar “al vacío” para crear un espacio de posibilidad, MATHIESEN, Thomas. “The Politics of Abolition”, *Contemp. Crises* 10, (1986), pp. 81-94.

⁶ Según Anscombe, la justificación del castigo exige que rindamos cuentas de la idoneidad del castigo como respuesta, así como de la cuestión de quién tiene autoridad para castigar.

pena estatal, para una concepción política del derecho penal, este “derecho a infligir” una pena depende, entre otras cosas, de la justificación del arreglo político en el que los delitos y las penas tienen lugar⁷. Para castigar legítimamente, entonces, el Estado debe tener una pretensión de autoridad basada en el valor que tiene el arreglo social al que el derecho penal está llamado a servir⁸. Siguiendo a Lacey, podríamos decir que la justificación de la pena estatal depende no solo de la satisfacción de los estándares establecidos por las teorías de la pena y de los requisitos de la responsabilidad penal individual, sino también de la justificación de la existencia del Estado y del “tipo de sociedad en la que funciona”⁹. Como resultado de lo anterior, en sociedades plagadas de desigualdad, exclusión e injusticia, puede volverse difícil comprender a las penas como actos legítimos de una autoridad política. A menudo aparecerán, en cambio, como actos de pura hostilidad¹⁰.

Algunos sostienen que el requisito de autoridad “se basa” en la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita*, según la cual la autoridad política solo sería una condición para la legitimidad de las penas que se aplican a delitos *mala prohibita*¹¹. Sin embargo, en la medida en que lo que se debate aquí es la justificación de la pena *estatal*, para una concepción política del derecho penal, la

Aquí estamos discutiendo esta segunda cuestión; la primera se suele discutir en el marco de las teorías del castigo (disuasión, retribución, rehabilitación, etc.). Véase ANSCOMBE, G.E.M. “On the Source of the Authority of the State”, en RAZ, J. (ed.). *Authority*. New York: NYU Press (1990).

⁷ En una concepción política del Derecho penal, en otras palabras, éste tiene por objeto servir y garantizar el proyecto político de una comunidad política. Véase en general LORCA, “Punishing the poor...” ob. cit., y GEWIRTZ, Paul. “Aeschylus’ Law”, en *Harv. L. Rev.*, vol. 101 (1988).

⁸ Al igual que pagar impuestos o hacer cumplir un contrato, castigar delitos es un mecanismo a través del cual se “imparte justicia” en una comunidad política. Todas estas prácticas requieren autoridad pública y su valor y significado reflejarán en parte la calidad del proyecto social “al que sirven”. Véase LORCA, “Punishing the poor...” ob. cit., p. 431.

⁹ LACEY, Nicola. *State Punishment: Political Principles and Community Values*. London: Routledge (1988).

¹⁰ LORCA, “Punishing the poor...” ob. cit., p. 18; LORCA, Rocío. “Extrema Pobreza y Poder Penal”, en FERNÁNDEZ, C. y PEREIRA, E. (eds.) *Derecho y pobreza*. Madrid: Marcial Pons (2021), pp. 236-238.

¹¹ Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum Passionis: Mitigar el Dolor en el Derecho Penal*. Barcelona: Atelier (2018), pp. 67-112; SHELBY, ob. cit. *Mala prohibita* son injustos porque y en la medida en que así lo declara la ley, mientras que *mala in se* son injustos antes y con independencia de su prohibición legal. Para un análisis más detallado y una defensa de la distinción, véase DUFF, Antony. *The Realm of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2018), pp. 277-332.

distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* no debería tener tanta importancia. Incluso allí donde una ley penal refleje una obligación moral categórica, esta obligación no es implementada por el Estado a través del derecho *en tanto* obligación moral. Esta distinción es políticamente fundamental pues aun si todas las leyes penales encontrasen sustento en deberes morales categóricos, los contornos de estos deberes (que suelen ser indeterminados) son vinculantes en el ámbito civil o político en la medida que se han articulado en reglas de comportamiento definidas con un mínimo de precisión a través de un proceso de toma de decisiones políticas. Sea que se base en un deber moral categórico o no, una ley penal específica será vinculante para los miembros de una comunidad política *porque* es el resultado de un proceso político de determinación y no *porque* refleje una norma moral compartida¹².

Desde una concepción política del derecho penal como la recién descrita, muchos han reconocido la dificultad de considerar que, en contextos de injusticia social, económica o política, las penas estatales son un ejercicio legítimo de autoridad¹³. Antony Duff, por ejemplo, ha argumentado que los contextos de exclusión e injusticia pueden socavar lo que él denomina las precondiciones de la responsabilidad penal. Al crear un problema de autoridad, ciertas formas de injusticia afectarían la normatividad del derecho penal y comprometerían la legitimación de una comunidad política para castigar¹⁴. En un enfoque más restrictivo, Gustavo Beade ha cuestionado la autoridad moral del Estado para

¹² Véase en este sentido WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press (1999), pp. 164-87; LORCA, Rocío. “Castigar sin Estado: Consideraciones sobre la Corte Penal Internacional y la naturaleza del Derecho penal”, en *Revista Política Criminal*, vol. 15, núm. 29 (2020), pp. 296-297.

¹³ Véase, por ejemplo, DUBBER, Markus D. “Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2011); DUFF, Antony. “Responsibility, Citizenship, and Criminal Law”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.) “Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2011), p. 125; DUFF, Antony. “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, en *Ratio* vol. 23, 2 (2010); DUFF, Antony. “I Might Be Guilty, but You Can’t Try Me: Extoppel and Other Bars to Trial”, en *Ohio St. J. Crim. L.*, vol. 1 (2003); LACEY, Nicola. *State Punishment: Political Principles and Community Values*. London: Routledge (1988); LACEY, “Criminal Justice...”, ob. cit.; LORCA, “Castigar sin Estado”, ob. cit.; LORCA, “Punishing the poor...” ob. cit.; Alice Ristroph, Condiciones del castigo legítimo, en La nueva filosofía del derecho penal 79 (Chad Flanders y Zachary Hoskins, eds., 2016); Alice Ristroph, Responsibility for the Criminal Law, en *Philosophical Foundations of Criminal Law* 107 (R.A. Duff y Stuart P. Green, eds., 2011); Silva Sánchez, supra nota 11, § II.

¹⁴ DUFF, *Punishment...* ob. cit., pp. 181-84.

culpar mediante el castigo, cuando los delitos pueden considerarse claramente como resultado de las propias fallas del Estado. Un ejemplo ofrecido por el autor es el de la ocupación de terrenos públicos por parte de quienes se han visto privados del derecho a una vivienda digna¹⁵. De manera similar, Javier Cigüela ha argumentado que la justificación del derecho penal debe ser sensible al contexto de justicia o injusticia en el que se produce, en particular frente a delitos que pueden explicarse por las injusticias o la exclusión que ha sufrido el infractor¹⁶.

Tommie Shelby, refiriéndose específicamente al sistema de justicia penal estadounidense, sostiene que las condiciones de injusticia estructural que caracterizan lo que él denomina la “pobreza de gueto” pueden socavar la normatividad del derecho penal en el caso de delitos que expresan deberes “cívicos” (por oposición a delitos que expresan deberes recíprocos “naturales”)¹⁷. Stephen Garvey ha argumentado que la autoridad normativa del Estado para establecer delitos e imponer penas se debilita en relación con aquellos miembros de una comunidad que han sido tratados como “ciudadanos de segunda clase” al ser privados de su justa participación en los beneficios de la cooperación social¹⁸. En estos casos, de acuerdo con Garvey, el Estado no tendría autoridad para condenar o censurar, y eso lo privaría de su autoridad para imponer penas¹⁹. Como último ejemplo, Matt Matravers ha afirmado que la injusticia social debería tener importantes consecuencias normativas en nuestras prácticas de derecho penal²⁰. En casos de extrema injusticia, Matravers sostiene que la relación política podría romperse por completo hasta el punto de que no se pueda reconocer ninguna obligación legal como vinculante. A diferencia de lo que yo he sostenido anteriormente, Matravers considera que esta no es la situación actual de la mayoría de nuestras

¹⁵ BEADE, Gustavo. “Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish Deprived Citizens”, en *Crim. L. & Phil.*, vol. 13, (2019). El argumento de Beade hace eco de los argumentos formulados por TADROS, Victor. “Poverty and Criminal Responsibility”, en *J. Value Inquiry*, vol. 43, 3 (2009).

¹⁶ CIGÜELA SOLA, Javier. *Crimen y Castigo del Excluido Social: Sobre la Ilegitimidad Política de la Pena*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), pp. 243, 264-268.

¹⁷ SHELBY, ob. cit., pp. 144-46, 151.

¹⁸ GARVEY, “Injustice, Authority...”, ob. cit., pp. 60-63.

¹⁹ Idem, p. 61.

²⁰ MATRAVERS, Matt. “Who’s Still Standing?: A Comment on Antony Duff’s Preconditions of Criminal Liability”, en *J. Moral Phil.*, vol 3, 3 (2006). Aunque no se extiende mucho sobre cuáles pueden ser estas consecuencias, Matravers sí expresa escepticismo sobre las proposiciones de Duff y sugiere que exploremos explicaciones más matizadas.

comunidades políticas²¹. Sin embargo, incluso en los casos en los que la relación política subsiste porque la injusticia no es tan extrema, Matravers sostiene que la injusticia social igual debería tener *alguna* consecuencia normativa para la legitimidad de la responsabilidad penal²².

Todos estos autores reconocen que un contexto de injusticia plantea importantes retos para justificar el castigo estatal, pero prácticamente ninguno arriba a la conclusión de que como consecuencia de lo anterior nuestras prácticas penales podrían no estar justificadas. En cambio, llegan a lo que Lacey ha denominado la “conclusión fangosa”, apelando a razones prácticas o normativas que justificarían el castigo a pesar del déficit de autoridad o legitimidad que resulta del contexto de injusticia. La conclusión es fangosa, porque como ya aclaré más arriba, el ejercicio de ponderación carece de suficiente claridad²³.

II. Y, SIN EMBARGO, LA PENA HA DE IMPONERSE: LA CONCLUSIÓN FANGOSA

El análisis de Duff sobre la justicia penal en sociedades injustas posiblemente constituye la versión más compleja y convincente de la “conclusión fangosa”. En su opinión, la pena tiene por objeto comunicar al infractor la existencia de una normatividad compartida y censurarlo por violar dicho código de comportamiento. Esta comunicación, entre otras cosas, les permitiría reflexionar sobre sus actos y reparar la integridad de su relación con la comunidad normativa²⁴. Para que esta función comunicativa del castigo sea posible, el infractor y quienes lo llaman a rendir cuentas por su comportamiento deben tener efectivamente

²¹ En *Punishing the Poor and the Limits of Legality*, sostengo que los Estados, mediante la imposición del orden jurídico y político, producen y perpetúan la pobreza extrema. Dado que la pobreza extrema pone en peligro la vida de las personas tanto en términos absolutos como relativos, debería romper por completo incluso el vínculo mínimo de autoridad que propone Hobbes. Basándome en el propio marco de Hobbes, sostengo que esto altera las condiciones de legalidad *vis-à-vis* los extremadamente pobres y, por lo tanto, sería un caso en el que el castigo ya no podría considerarse un acto de ley y autoridad, sino lo que él denomina un «acto de hostilidad». Véase LORCA, “Punishing the poor...” ob. cit., pp. 439-42.

²² Siguiendo a Duff, Matravers sostiene que “no podemos esperar hacer justicia penal adecuada, justicia penal tanto para las víctimas como para los delincuentes, hasta que nos acerquemos más al logro de la justicia política y social”. MATRAVERS, ob. cit., p. 330.

²³ LACEY, “Criminal Justice...”, ob. cit., p. 198.

²⁴ Según Duff, el castigo expresa desaprobación moral a los delincuentes con la intención de “persuadirlos de que se arrepientan de esos delitos, intenten reformarse y, así, reconciliarse con aquellos a quienes han agraviado”. DUFF, *Punishment...* ob. cit., p. xvii.

una relación en la que se comparta una normatividad²⁵. Como consecuencia de lo anterior, la justificación del castigo tiene requisitos relativos a la integridad de la relación pre-existente entre un infractor y la comunidad que lo llama a rendir cuentas²⁶. Incluso cuando un infractor es, *prima facie*, plenamente responsable de sus actos, ciertas circunstancias —como la injusticia social— podrían romper el tipo de relación necesaria para un castigo justo²⁷.

Duff concluye que, al colocar al delincuente en una situación de privación y exclusión, la comunidad política quebrantaría normas basadas en los mismos valores que sustentan las normas que el delincuente ha infringido²⁸. Esto socavaría la autoridad política y la normatividad del derecho penal *vis-à-vis* el infractor, así como la autoridad moral de la comunidad para llamarlo a rendir cuentas. Se podría suponer que, cuando esto ocurre, es decir, cuando un agente no tiene la obligación de obedecer las leyes de una comunidad política y esa comunidad no tiene legitimidad para pedirle cuentas, la pena estatal no estaría justificada. Sin embargo, esta no es la conclusión a la que llega Duff.

Cuando un contexto de injusticia socava la autoridad política y, en consecuencia, la normatividad del derecho penal, Duff sostiene que aún podría subsistir la obligación de respetar determinadas leyes penales²⁹. Este sería

²⁵ Esta relación de fondo es central para la teoría de la justicia penal de Duff, ya que para que el mensaje del castigo se comunique adecuadamente, se debe esperar de delincuentes que “comprendan su castigo como una respuesta justificada a sus delitos”, *idem* p. 198.

²⁶ Duff denomina a estos requisitos “precondiciones de la responsabilidad penal”. A diferencia de las condiciones para la justificación de castigos específicos —como la culpabilidad o la proporcionalidad entre el castigo y el delito—, las precondiciones de la responsabilidad penal se refieren a consideraciones más generales sobre el contexto en el que se determinan e imponen los castigos merecidos. En *Punishment, Communication, and Community*, Duff distingue tres precondiciones diferentes para la responsabilidad penal: en primer lugar, que el delincuente esté obligado a obedecer las leyes de la comunidad (obligación política/autoridad); en segundo lugar, que el delincuente sea responsable ante la comunidad (legitimidad); y, en tercer lugar, que el delincuente comparta el lenguaje de la comunidad (lenguaje). Además de estas precondiciones, en su obra posterior, Duff ha discutido objeciones específicas a la legitimidad para castigar, como el “tu quoque” y la corresponsabilidad, DUFF, “Blame, Moral Standing...” *ob. cit.*, pp. 128-130, pero su teoría admite otras circunstancias u objeciones que pueden menoscabar la legitimidad de la comunidad para juzgar y castigar, debido a la falta de integridad en el comportamiento de la comunidad hacia el infractor. Véase DUFF, *Punishment...* *ob. cit.*, pp. 184-88.

²⁷ DUFF, “Responsibility, Citizenship...” *ob. cit.*, p. 126.

²⁸ DUFF, *Punishment...* *ob. cit.*, p. 186.

²⁹ Aquí, la idea de la autoridad de la ley se entiende en el sentido de tener el deber de obedecer la ley “porque es la ley”. Se trata de una razón independiente del contenido para obedecer, lo que significa que el deber no depende de si el contenido de la ley expresa un

el caso de los denominados delitos *mala in se*, que expresan un injusto moral no controvertido. En su opinión, estas leyes penales son vinculantes incluso para aquellos que, de otro modo, no estarían obligados a acatar las leyes de una comunidad determinada. Esta conclusión es similar a la que arriba Shelby con la distinción entre deberes “cívicos” y “naturales”³⁰. Como he mencionado anteriormente, la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* (o deberes “naturales” versus “cívicos”) no debería tener tanta relevancia para superar el problema de autoridad política, dada la importancia del proceso político en la articulación de dichos deberes como normas de comportamiento determinadas³¹. Si bien, la introducción de esta distinción ya vuelve un poco confusa la solución al problema del castigo en sociedades injustas, hay un elemento adicional que a mi parecer lo enreda todo un poco más.

En una de las ideas más importantes de las teorías contemporáneas sobre la pena estatal, Duff sostiene que resolver el problema de la autoridad no es suficiente para justificar el castigo en contextos de injusticia. Incluso si una ley penal es vinculante porque la acción del delincuente constituye un injusto moral grave e indiscutible, la comunidad puede no estar autorizada a llamarle a responder ante sus tribunales penales por carecer de estatura moral para ello³². Esta objeción al castigo no se refiere a la normatividad del derecho penal, sino a la legitimidad de la comunidad para llamar a alguien a responder. Pero aun cuando Duff ofrece esta objeción adicional a la justificación del castigo en contextos de injusticia, una vez más, no se trata de una objeción final a la justificación de la pena estatal. En opinión de Duff, la objeción puede superarse cuando la realización de delitos que constituyen injustos morales indiscutibles genera en la comunidad un deber de castigar. Este deber de castigar puede derivarse del deber de prevenir dichos injustos, pero también, y creo que esto es más importante aún en la teoría de Duff, de un deber de reconocimiento de la víctima y

deber moral independiente, sino del hecho de que es la ley de una autoridad legítima a la que tenemos razones generales para obedecer.

³⁰ Según Shelby, las obligaciones cívicas son aquellas que tenemos unos con otros como miembros de una comunidad política y que se sustentan en el valor de la reciprocidad, mientras que los deberes naturales son aquellos que nos debemos unos con otros como seres humanos. SHELBY, ob. cit., p. 144. Aunque, en su opinión, la injusticia estructural podría socavar la normatividad de los deberes cívicos, no socava la normatividad de los deberes naturales. Idem pp. 151-152.

³¹ Véase supra nota 11.

³² DUFF, *Punishment...* ob. cit., pp. 183-184; DUFF, Antony. “Moral and Criminal Responsibility: Answering and Refusing to Answer”, en COATES D.J. y TOGNAZZINI, N.A. (eds.). *Oxford Studies in Agency and Responsibility: Themes from the Philosophy of Gary Watson*. Oxford: Oxford University Press (2019), pp. 184-186.

del infractor. Si no llamamos a un agente a rendir cuentas públicamente por estos injustos, “dejamos de tratarlos [a ellos y a las víctimas] como miembros de la comunidad política normativa”³³.

Duff presenta la situación final del problema como un dilema, por una parte la comunidad política tiene el deber de imponer un castigo, por otra parte parece tener un deber de abstenerse de castigar puesto que carece de la autoridad y legitimidad para hacerlo³⁴. Tenemos entonces un deber de imponer una pena por la comisión de un delito, pero no se cumplen las precondiciones para la justificación de la imposición de dicha pena. Duff resuelve este dilema a favor de la justificación del castigo. Sostiene que no se puede obstaculizar la imposición de responsabilidad penal cuando hay una víctima, incluso si la legitimidad de la comunidad se ve comprometida por no haber tratado al acusado con el debido respeto³⁵. Pero entonces no está claro si las precondiciones de la responsabilidad penal son realmente lo que dicen ser, y esto es, en mi opinión, lo que hace que el argumento sea confuso o fangoso en el caso de Duff. En términos más generales, es fangoso o poco claro qué se quiere decir cuando se dice que un contexto de injusticia social o política debería influir en la justificación del castigo³⁶. Según Duff, la “influencia” de este contexto cuando no alcanza a constituir un obstáculo para la justificación del castigo, acaba siendo un deber de responder ante quienes delinquen por los agravios que les hemos infligido. Esto podría articularse como un espacio de disculpas públicas en el juicio penal y la implementación de algunas medidas que podrían ayudar a remediar estas injusticias³⁷. Pero si esta es la influencia que se les ha de otorgar, no es claro que la justicia política y social sea realmente una condición de la justicia penal.

³³ DUFF, “Moral and Criminal Responsibility”, ob. cit., p. 186 (palabras entre corchetes añadidas).

³⁴ DUFF, “I Might Be Guilty...” ob. cit.

³⁵ Michael Philips ya había apuntado en una dirección similar, aunque sin ofrecer muchos argumentos. Sostiene que un gobierno ilegítimo no tiene autoridad para aprobar y hacer cumplir leyes que la gente debe obedecer. Pero luego, cuando se plantea la cuestión del castigo, argumenta que esta conclusión no se aplica aquí porque “mientras un gobierno mantenga el poder, hay ciertas tareas que debe realizar, sea legítimo o no”. PHILIPS, Michael. “The Justification of Punishment and the Justification of Political Authority”, en *Law & Phil.*, vol. 5, 3 (1986). En opinión de Philips, la principal obligación de un gobierno ilegítimo es transferir el poder a uno legítimo, pero mientras tanto, o mientras lo hace, tiene derecho a castigar ciertos delitos y hacer cumplir ciertas leyes. Idem pp. 415-416. Sin embargo, no queda claro cuáles son estos delitos y cómo los determinamos.

³⁶ Lo mismo puede decirse de Beade y Cigüela.

³⁷ DUFF, “Moral and Criminal Responsibility”, ob. cit., p. 187.

La crítica de falta de claridad también puede dirigirse contra aquellos que, en lugar de presentar razones normativas preponderantes para alterar su conclusión *prima facie* de que el Estado no tiene autoridad para castigar, recurren a consideraciones prudenciales. Un ejemplo es el argumento de Stephen Garvey. Él sostiene que, en contextos de injusticia sistemática, el Estado conserva un derecho “pálido y débil” a coaccionar basándose únicamente en consideraciones prudenciales (ha perdido su poder moral para imponer obligaciones reales y castigar su incumplimiento). En lo que respecta a las personas tratadas como lo que él denomina “ciudadanos de segunda clase”, el Estado conservaría una autoridad débil para “emitir exigencias y hacerlas cumplir”, pero pierde un sentido más profundo de autoridad que le permite imponer obligaciones y castigar *legítimamente* su incumplimiento³⁸. El problema del argumento de Garvey no es que las consideraciones prácticas sean *siempre* confusas. Las justificaciones pueden basarse en razones morales o prudenciales³⁹. A. Aunque como ha argumentado John Simmons, el tipo de justificación que necesitamos depende de la objeción a la que nos enfrentamos⁴⁰. Las consideraciones prudenciales no pueden superar un problema de autoridad, a menos que tengamos una concepción de la autoridad basada en consideraciones prudenciales. Pero más allá de esto, la apelación a consideraciones prácticas es confusa *en este caso* porque no está para nada claro qué consecuencia nos preocupa, ni en qué medida el castigo (o la coerción) es apropiado o necesario para evitar o promover tales consecuencias. Si bien podemos estar de acuerdo en que a veces, en la vida política, debemos sacrificar derechos y libertades para obtener bienes sociales, cuanto más inciertos son los bienes y las formas de conseguirlos, menos claro (y justificado) se vuelve un argumento que busca superar un problema normativo ofreciendo consideraciones prudenciales.

Nicola Lacey ha sugerido que parte de la razón por la que llegamos a estas conclusiones fangosas es que nos enfrentamos a la cuestión de la justicia penal en sociedades injustas como si solo hubiera dos resultados posibles: las penas son legítimas o ilegítimas, justificadas o injustificadas. Ella sugiere, en cambio, que exploremos la posibilidad de salir de este escenario de todo o nada basándonos en enfoques más matizados, como la idea de Chamberlen y Carvalho de

³⁸ GARVEY, “Injustice, Authority...”, *ob. cit.*

³⁹ Según Simmons, cuando la justificación consiste en ofrecer una razón prudencial, la idea no es necesariamente que la institución o la práctica sea «buena» o «ideal», sino más bien que, considerando todos los aspectos, vale la pena tenerla; cuando consiste en ofrecer razones morales, la afirmación es que la práctica es moralmente permisible. SIMMONS, A. John. “Justification and Legitimacy”, en *Ethics*, vol. 109, 4 (1999), p. 741.

⁴⁰ *Id.* P. 740.

la justificación como una “práctica continua”⁴¹. Desde este punto de vista, la justicia no debe entenderse como un estado de cosas existente y “vulnerable a sufrir un daño”, sino más bien como algo a alcanzar. Desde esta mirada, es de suponer que lo que ha de estar en juego en la pregunta por la justificación de una determinada práctica es si esta avanza *hacia* la justicia, en lugar de si ha satisfecho (o no) un determinado umbral normativo.

Me parece constructivo entender a la justicia como un estándar que se aplica a un proceso en marcha es en lugar de entenderla como una foto instantánea de una sociedad⁴². No creo, sin embargo, que adherir a esta concepción propuesta por Chamberlen y Carvalho nos evite llegar a una conclusión fangosa.

Que la justicia sea una práctica continua no puede implicar que las prácticas no puedan evaluarse como injustificadas o ilegítimas; en algún punto debemos ser capaces de distinguir entre aquellas prácticas genuinamente “encaminadas hacia” la justificación (y por lo tanto, presumiblemente justificadas) y aquellas en las que no es plausible reconocer un compromiso con la justicia. Me parece que es esta última la situación de muchos de nuestros sistemas penales, en los que, al menos en lo que respecta a un grupo importante de personas, se vuelve muy difícil constatar la materialización de un compromiso de avanzar hacia el cumplimiento de estándares de justificación⁴³. Pero incluso si no estamos de acuerdo con este último diagnóstico, seguramente podremos encontrar al menos algunos casos en los que la justicia no se vislumbre como el horizonte hacia el que nuestras prácticas caminan. En estos casos, seguiremos enfrentando la complicación de que una pena estatal aparezca como *prima facie* injustificado, al tiempo que no estamos dispuestos a concluir que el Estado no debe entonces imponerla. Para abordar estos casos, podemos buscar, como hacen Duff y otros, razones preponderantes (y fangosas) para justificar las penas, o podemos intentar explicarnos de otra manera. A continuación, exploro una de estas “otras maneras”.

III. EXCUSAR LAS PENAS ESTATALES

Voy a sostener que la complicación que ha gatillado a las conclusiones fangosas puede ser abordada de mejor manera si abandonamos la lógica de la

⁴¹ CHAMBERLEN, Anastasia y CARVALHO, Henrique. “Feeling the Absence of Justice: Notes on Our Pathological Reliance on Punitive Justice”, en *How. J. Crime & Just.*, vol. 61, 1 (2022), p. 97.

⁴² LACEY, “Criminal Justice...”, ob. cit., pp. 199-200.

⁴³ LORCA, “Punishing the poor...” ob. cit., pp. 439-42; LORCA, Rocío. “Sick and Blamed: Criminal Law in the Chilean Response to COVID-19”, en *Netherlands J. Legal Phil.*, vol. 50, 2 (2021).

justificación y reflexionamos bajo la lógica de las excusas, concretamente de una excusa basada en la idea de un estado necesidad. Ésta última permite describir de forma más precisa y adecuada la dificultad normativa que reviste la tarea de hacer justicia penal en sociedades injustas y proporciona un punto de vista normativa más útil para la definición de políticas que permitan abordar esta dificultad.

Bajo la lógica de la justificación un agente alega que no ha realizado un injusto al infringir una norma de comportamiento o dañar a alguien, porque otra norma del mismo orden normativo autoriza dicha conducta o daño⁴⁴. En el caso de un sistema penal determinado, una acción justificada por dicho sistema, simplemente no es un delito⁴⁵. En cambio, cuando los agentes ofrecen excusas, no pretenden sostener que sus acciones fueron correctas, sino dadas las circunstancias en las que debieron actuar, sería injusto exigirles que hubiesen hecho lo correcto o lo ideal⁴⁶. Si bien las excusas no pueden hacer que nuestras acciones devengan en correctas, sí proporcionan explicaciones apropiadas para infringir una norma y por ello cancelan o atenúan la responsabilidad individual por el comportamiento antinormativo⁴⁷. En el caso de una excusa, a diferencia de una justificación, lo que se evalúa no es la acción del agente, sino el contexto o posición en la que actuó⁴⁸.

La distinción entre excusas y justificaciones no es fácil de establecer en la práctica. Esta dificultad es especialmente relevante en el caso del estado de necesidad, que puede constituir una justificación o una excusa, dependiendo de las circunstancias⁴⁹. A pesar de las dificultades, es importante hacer la distinción para crear una alternativa a la conclusión fangosa, porque una consecuencia importante de la lógica de las excusas es que, a diferencia de lo que ocurre en el

⁴⁴ KADISH, Sanford H. "Excusing Crime", en *Cal. L. Rev.*, vol. 75, 1 (1987), p. 258; DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 4.ª ed. New York: Bender/LexisNexis (2006), p. 218.

⁴⁵ Por eso Mitchel Berman, siguiendo el marco de Dan-Cohen, considera las justificaciones como reglas de conducta y no como reglas de decisión. Véase BERMAN, Mitchell N. "Justification and Excuse, Law and Morality", en *Duke L.J.*, vol 53, 1 (2003), p. 4; DAN-COHEN, Meir. "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law", en *Harv. L. Rev.*, vol. 97, 3 (1984), pp. 629-637. Agradezco a Juan Pablo Mañalich por recordarme el importante artículo de Dan-Cohen para el desarrollo de mi argumento.

⁴⁶ KADISH, ob. cit., p. 258; DRESSLER, ob. cit., p. 219.

⁴⁷ FERZAN, Kimberly. "Justification and Excuse", en DEIGH, J.y DOLINKO, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (2011), p. 239.

⁴⁸ NORRIE, Alan. *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press (2014), pp. 201-202.

⁴⁹ Véase idem pp. 199-200, 203; DAN-COHEN, ob. cit.

caso de las justificaciones, no podemos exigir que quienes se ven perjudicados por nuestras acciones injustas pero excusables, acepten esas razones como aplicables a ellos. Quienes se ven afectados por nuestros comportamientos injustos pero excusables tienen derecho a resistirse al daño, a considerarse injustamente tratados y a exigir una reparación⁵⁰. Antes de profundizar en este punto, permítanme aclarar cómo entiendo aquí la lógica de una excusa de necesidad.

En una *justificación* por estado de necesidad, el agente afirma que su comportamiento estaba justificado porque, al infringir la norma de conducta, eligió la línea de actuación menos perjudicial de las que tenía a su disposición en una situación determinada⁵¹. Como instancia del «principio del mal menor», las justificaciones por estado de necesidad crean problemas para la estabilidad y la certeza del orden jurídico, ya que parecen hacer que las normas de conducta dependan de manera intolerable de juicios de ponderación contingentes. Esto explica por qué, en la mayoría de los sistemas de derecho penal, por decisión legislativa o jurisprudencial, la posibilidad de invocar el estado de necesidad justificante sea muy limitada⁵². En el caso del castigo en sociedades injustas, una justificación de estado de necesidad basada en el principio del mal menor nos dejaría atrapados en la conclusión fangosa toda vez que, el esfuerzo por defender la permisibilidad de un castigo *prima facie* injustificado, nos exigiría recurrir a una ponderación en donde las consideraciones en tensión carecen de precisión o claridad⁵³.

La *excusa* de estado de necesidad, también llamada en algunos ordenamientos compulsión circunstancial (*duress of circumstances*), se refiere igualmente a un contexto que obliga al agente a elegir entre males, pero el foco no está en el resultado de la decisión del agente, sino en cómo ese contexto impide reconocer que el agente tuvo un grado de libertad suficiente como para hacerlo responder por su comportamiento. Una excusa por estado de necesidad en este sentido, es una hipótesis de inexigibilidad de otra conducta, en la que no se afirma que el agente haya elegido el curso de acción menos dañino, sino que el agente no

⁵⁰ En DRESSLER, ob. cit., pp. 233-35, se puede encontrar una lista de las consecuencias prácticas de la distinción.

⁵¹ NORRIE, ob. cit., p. 201; DRESSLER, ob. cit., pp. 233-235.

⁵² Este carácter problemático también sugiere que tal vez el principio del mal menor no sea lo que debería sustentar y explicar esta justificación, sino más bien un principio de solidaridad. Véase WILENMANN, Javier. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid: Marcial Pons (2017), pp. 103-126.

⁵³ LACEY, “Criminal Justice...”, ob. cit., pp. 198-99.

tuvo una oportunidad justa para hacer lo correcto⁵⁴. Los agentes que actúan bajo estado de necesidad exculpante deciden voluntariamente actuar en contra de la ley, pero lo hacen en un contexto de compulsión en el que esta decisión no muestra falta de lealtad al sistema legal y, por lo tanto, no deben ser considerados responsables por infringir la ley⁵⁵. Como ha argumentado John Gardner, un agente que actúa de forma excusable ha hecho algo incorrecto, pero ha estado a la altura de nuestras expectativas con respecto a su comportamiento⁵⁶. Los sistemas jurídicos también tienden a ser restrictivos a la hora de aceptar esta excusa, tanto porque es difícil encontrar el equilibrio en el que infringir una norma de conducta no refleje una falta de lealtad hacia ella, como por el temor a que un recurso excesivo a este tipo de excusas pueda desestabilizar el orden jurídico⁵⁷.

En mi opinión, la explicación que ofrece la excusa de estado de necesidad proporciona una buena estructura para explicar la difícil situación de una comunidad política que, careciendo de autoridad o legitimidad para castigar a un infractor, se entiende sin embargo obligada a imponer esa pena por otro tipo de consideraciones. Esto es así por varias razones. En primer lugar, la lógica de una excusa da cuenta de manera más directa de la complejidad del problema. Lo que ocurre en esta situación es que tenemos razones para creer que el castigo es injustificado para un delincuente en particular, pero no castigarlo nos parece demasiado oneroso porque nos preocupan otras cosas, como el orden público, el aumento de la justicia por mano propia, la integridad de los derechos de las víctimas y el deber de reconocer el daño que se les pudo haber

⁵⁴ Según Kadish, el principio subyacente a la coacción se aplica tanto al caso clásico (coerción) como al de necesidad, es decir, la idea de que la culpa no es apropiada porque “no hay base para atribuir la culpa a la persona que” no tenía la capacidad de elegir otra cosa. KADISH, ob. cit., p. 272.

⁵⁵ Como ha afirmado John Gardner, con excusas, la explicación ofrecida implica que, al hacer algo incorrecto, la persona no traicionó realmente nuestras expectativas normativas con respecto a ella como miembro de un orden normativo. GARDNER, John. “The Gist of Excuses”, en *Buff. Crim. L. Rev.*, vol. 1 (1998), p. 578. Para decirlo en términos de Shelby, aunque sin referirse específicamente a las excusas, al infringir la ley no muestran ninguna renuencia a corresponder a los términos de cooperación social que rigen la comunidad. Véase SHELBY, ob. cit., pp. 143-44.

⁵⁶ GARDNER, ob. cit. p. 578.

⁵⁷ En opinión de Kadish, “el reconocimiento limitado de la excusa de necesidad-coerción crea una brecha entre lo que permite la ley y lo que exige la justicia”. Véase KADISH, ob. cit., p. 273. Sin embargo, argumenta que esta desviación puede estar justificada, considerando todos los aspectos, debido al riesgo de exponer cada proceso judicial a esta consideración, lo que debilitaría el efecto disuasorio de la ley y la estabilidad del sistema legal. No está seguro de que esto justifique la culpabilizar, pero no cree que la cuestión sea fácil de resolver. Idem, p. 274.

causado, entre otros. Estas preocupaciones pueden ser ambiguas en el sentido de que no tengamos claridad sobre su peso específico como para configurar una justificación. No obstante, nos parecen impulsar a actuar de una manera que, aunque incorrecta, puede ser comprensible. En otras palabras, la lógica de la excusa nos permite sostener que cuando el Estado castiga a quien ha sido víctima de injusticias graves comete una injusticia, pero actúa de la manera que esperamos que actúe. Aquí el problema se asume como un verdadero dilema, que no admite una solución ideal o plenamente justa, y la excusa de estado de necesidad expresa precisamente eso.

En segundo lugar, la idea de excusa comunica mejor la posición del infractor hacia la comunidad que le ha tratado injustamente y, sin embargo, pretende llamarlo a responder por su comportamiento antinormativo. Como mencioné anteriormente, las excusas no son razones que se apliquen a los afectados, en el sentido de que les impidan alegar que se les ha hecho daño y que tienen derecho a resistirse y/o a exigir reparación⁵⁸. La propuesta de Duff de resolver el dilema mediante el deber de responder ante quien delinque por la injusticia sufrida va en esta dirección, pero no alcanza a bloquear la disponibilidad de una justificación⁵⁹. A mi parecer, en cambio, es importante insistir en que el Estado no puede alegar justificación para castigar en estos casos, porque esto implica que, incluso si el Estado puede ofrecer una excusa aceptable por imponer una pena injusta, los perjudicados por dicha injusticia mantienen un derecho más claro para exigir una reparación. Reconocer que el infractor esté siendo injustamente tratado otorga también una razón fuerte para que las comunidades políticas y particularmente los operadores del sistema de justicia penal, maten o eviten posturas autocomplacientes de rectitud moral en los juicios penales, creando en cambio mayor presión para tratar a los infractores con respeto y establecer las condiciones sociales necesarias para la justicia penal.

Esto último, es decir, que la excusa de estado de necesidad comunica mejor la posición del agente que está siendo castigado injustamente puede ilustrarse con el relato de Robert Cover sobre los jueces estadounidenses antiesclavistas del siglo XIX que utilizaron la idea de la necesidad para explicar por qué se veían obligados a aplicar la Ley de Esclavos Fugitivos, aunque personalmente creyeran

⁵⁸ DUFF, “Moral and Criminal Responsibility”, *ob. cit.*, p. 186-187.

⁵⁹ Duff formula esta idea en términos de la responsabilidad de una comunidad política de responder al delito “no solo tomando las medidas adecuadas para prevenir delitos futuros, sino también respondiendo adecuadamente a los delitos pasados. Se lo debemos a las víctimas de los delitos [...] pero también a quienes los cometen [...] como parte de lo que significa reconocernos mutuamente y tomarnos en serio como miembros de la comunidad política normativa”. *Idem*, pp. 185-186.

que ésta contradecía la ley natural o los “derechos naturales del hombre”⁶⁰. Según estos jueces, aunque la Ley de Esclavos Fugitivos fuera contraria a la naturaleza humana y a los “derechos naturales del hombre”, ellos estaban obligados a forzar el regreso de los esclavos fugitivos a quienes afirmaban ser sus propietarios por imperio de la necesidad, en contraposición a las exigencias de la justicia⁶¹. En palabras de uno de los jueces, “se dirá que las exigencias de la naturaleza son más fuertes que las que provienen solamente de las instituciones sociales. Lo admito, pero la naturaleza también nos dicta que velemos por nuestra seguridad y autoriza todas las medidas *necesarias* para tal fin”⁶². Lo relevante de este caso es que el razonamiento de los jueces obviamente no está dirigido a las personas esclavizadas que están siendo devueltas a un lugar de horror. Para las personas esclavizadas, este argumento solo podría confirmar su condición de dominación y explotación, y no les da ninguna razón para aceptar y someterse a la decisión de los jueces⁶³. Así, aunque *podríamos* excusar a estos jueces por haber actuado de una manera injusta frente a las personas esclavizadas fugitivas, la aplicación de estas leyes no puede entenderse justificada bajo la idea de justificación que he esbozado más arriba.

Otro ejemplo notorio, pero más contemporáneo, es el de los jueces latinoamericanos que, durante las numerosas dictaduras que azotaron la región en los años setenta y ochenta, se negaron a cumplir con su deber rechazando sistemáticamente miles de recursos de *habeas corpus* presentados en nombre de personas encarceladas por motivos políticos. Algunos de estos jueces lo hicieron por compromiso ideológico con los regímenes autoritarios, pero muchos lo hicieron por temor a sufrir represalias si cumplían con su deber. Para las víctimas de la violencia y el terror estatal, ninguna de estas razones es válida para justificar ni moral ni legalmente el comportamiento de estos jueces. Quizás los podemos excusar, pero aun así este fuera el caso, ello no obsta a que las víctimas de la violencia tengan derecho a exigir reparación y reconocimiento por los agravios cometidos⁶⁴.

⁶⁰ La Ley de Esclavos Fugitivos exigía a los jueces que devolvieran a los esclavos fugitivos a quienes afirmaban ser sus propietarios, incluso si se encontraban en un estado libre.

⁶¹ COVER, Robert M. *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press (1975).

⁶² *Idem* (cursiva en el original).

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Véase LORCA, Rocío. “Judges as Criminal Associates of Totalitarian Regimes: The Chilean case under the Framework on International Law,” en Cárdenas et. al. (eds.) *Transitional Justice and the Criminal Responsibility of Judges*, Routledge (2025), pp. 244-255.

Una tercera consideración a favor de considerar la lógica de las excusas para analizar el problema de la justicia penal en sociedades injustas es que ofrece un término medio normativo (entre el castigo justificado y el injustificado) que parece útil para pensar en términos de política criminal. Excusar, en lugar de justificar, la punición estatal en estos casos, ofrece un término medio entre ser conformista y abolicionista, ya que ofrece una forma de explicar el castigo que no oculta sus deficiencias. Esto ejerce más presión sobre las comunidades políticas para que superen las circunstancias que les impiden justificar sus prácticas penales, sin ponerlas en una situación de todo o nada⁶⁵.

A pesar de las razones que acabo de exponer, mi propuesta plantea una serie de problemas, dos de los cuales me gustaría mencionar brevemente antes de concluir. En primer lugar, algunos podrían decir que la imposición de una pena estatal, a diferencia de la comisión de un delito, es resultado de un procedimiento de deliberación que no parece calzar con el sentido de urgencia o compulsión que sustenta a las excusas de necesidad. Aunque aquí no tengo espacio para dar consideración adecuada a este problema, no estoy segura de que no quepa hablar de “compulsión” en la imposición de responsabilidad penal. La opinión pública ejerce hoy en día una enorme presión sobre los legisladores y los jueces para que castiguen. Los actores políticos (algunos con más gusto que otros) se ven obligados a recurrir al derecho penal para abordar una variedad de problemas sociales, con independencia de si hay buenas razones para castigar ciertos comportamientos o no⁶⁶.

Otro problema, quizá más relevante que el anterior, se deriva de la idea de que las excusas pierden sentido cuando la persona que las esgrime las ha considerado previamente al decidir cómo actuar, en una especie de análisis de coste-beneficio⁶⁷. En el caso de una excusa por estado de necesidad, esto significaría que la comunidad política no debería poder tener en cuenta la probabilidad de beneficiarse de la excusa a la hora de decidir si castigar a un delincuente que ha sido privado de un trato justo. Reconozco el problema y, aunque probablemente de nuevo no voy a poder ofrecer una respuesta que lo tome suficientemente en serio, pienso que mientras la frontera entre lo excusable y lo inexcusable siga

⁶⁵ Muchos consideran que el abolicionismo conlleva numerosos riesgos y siguen sin estar convencidos de él, aunque sean muy críticos con el sistema penal. Véase, por ejemplo, HUSAK, Douglas. “The Price of Criminal Law Skepticism”, en *New Crim. L. Rev.*, vol. 23, 1 (2020); LANGER, Máximo. “Penal Abolitionism and Criminal Law Minimalism: Here and There, Now and Then”, en *Harv. L. Rev. Forum*, vol. 133, 9 (2020).

⁶⁶ GARLAND, David. *The Culture of Control*. Oxford: Oxford University Press (2001), pp. 139-165; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Buenos Aires: BdF (2007).

⁶⁷ En palabras de Gardner, “intentar beneficiarse de una excusa legal guiándose por ella es renunciar a esa excusa”. Véase GARDNER, ob. cit., p. 597.

siendo vaga o difícil de determinar, es improbable que el Estado o la comunidad política puedan instrumentalizar la excusa en un proceso de ponderación que traicione así su espíritu⁶⁸. La conversación sobre excusar el recurso al derecho penal en contexto de injusticia no se centra en las consideraciones que el Estado ha de tener en cuenta a la hora de decidir si acusar o no, castigar o no, sino en evaluar la práctica penal como un observador externo.

IV. CONCLUSIÓN

En *Billy Budd*, de Herman Melville, el capitán Vere se ve compelido a ordenar la ejecución del marinero Billy Budd, a pesar de considerarlo moralmente inocente por el asesinato del sargento de armas John Claggart⁶⁹. Las razones que llevan al capitán Vere a convocar el consejo de guerra e ignorar todo argumento para evitar la ejecución de Billy Budd nunca quedan del todo claras ni son convincentes para el lector. A veces, parece que actúa por razones de principio (como un legalista); otras veces, parece actuar por consideraciones puramente pragmáticas (evitar un motín). En cualquier caso, Vere parece lamentar sinceramente el desenlace del conflicto en el que se ve envuelto Billy Budd, pero cree que no puede actuar de otra manera. Juzgar si Vere actuó o no de forma justificada, pienso, oscurecería más que aclarar su difícil situación. Desde la perspectiva del capitán Vere todas las acciones disponibles tenían un coste moral crítico. Justificar su decisión proporcionarle cierto consuelo, pero la complejidad a la que se enfrentaba y la importancia normativa de sus acciones no se verían adecuadamente reconocidas. Independientemente de si Vere se encuentra o no en un verdadero dilema moral, no se puede negar que se enfrenta a un problema ineludible en el que cualquier decisión que tome (o evite tomar) no será totalmente justa.

Aunque el Estado o la comunidad política no son agentes morales individuales como el capitán Vere, ocurre algo similar cuando intentamos dar razones para justificar la administración de sanciones penales en sociedades injustas. Al igual que Vere pudo decirse a sí mismo que si Billy no era ahorcado se produciría un motín, una sociedad política puede decirse a sí misma que debe cometer una injusticia para evitar el desorden, el surgimiento de bandas de justicieros, o la inestabilidad política. La percepción de esta necesidad, justificada o no, es sin duda importante a la hora de evaluar la permisibilidad de la pena estatal, aunque probablemente no sea suficiente para justificarla, al menos no a los

⁶⁸ Sobre esta función “positiva” de la incertidumbre, véase DAN-COHEN, ob. cit., p. 639-40.

⁶⁹ En la novela, poseído por la envidia hacia la belleza y el carisma de Billy Budd, el contramaestre John Claggart acusa falsamente a Billy de conspirar para amotinarse. Billy, conmocionado por la acusación e incapaz de hablar en su defensa debido a su tartamudez, golpea a Claggart, quien muere inesperadamente por ese único puñetazo.

ojos de aquellos a quienes debemos una justificación. Lo único que nos queda es quizás ofrecer una excusa, pero para ello aun deberemos aclarar cuándo se podría recurrir a ella y cuándo no habrá ni justificación ni excusa.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- BEADE, Gustavo. “Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish Deprived Citizens”, en *Crim. L. & Phil.*, vol. 13, (2019), pp. 271-281.
- BERMAN, Mitchell N. “Justification and Excuse, Law and Morality”, en *Duke L.J.*, vol 53, 1 (2003), pp. 1-77.
- CHAMBERLEN, Anastasia y CARVALHO, Henrique. “Feeling the Absence of Justice: Notes on Our Pathological Reliance on Punitive Justice”, en *How. J. Crime & Just.*, vol. 61, 1 (2022), pp. 87-102.
- CHRISTIE, Nils. “Conflicts as Property”, en *Brit. J. Criminology*, vol. 17, núm. 1 (1977), pp. 1-15.
- CIGÜELA SOLA, Javier. *Crimen y Castigo del Excluido Social: Sobre la Ilegitimidad Política de la Pena*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019).
- COVER, Robert M. *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press (1975).
- DAN-COHEN, Meir. “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, en *Harv. L. Rev.*, vol. 97, 3 (1984), pp. 625-677.
- DELGADO, Richard “Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?”, en *Law & Ineq.*, vol. 3, 9 (1985), pp. 9-90.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Buenos Aires: BdF (2007).
- DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 4.^a ed. New York: Bender/ LexisNexis (2006).
- DUBBER, Markus D. “Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2011), pp. 83-106.
- DUFF, Antony. “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, en *Ratio* vol. 23, 2 (2010), pp. 123-140.
- _____. “I Might Be Guilty, but You Can’t Try Me: Extoppel and Other Bars to Trial”, en *Ohio St. J. Crim. L.*, vol. 1 (2003), pp. 245-259.

- _____. “Moral and Criminal Responsibility: Answering and Refusing to Answer”, en COATES D.J. y TOGNAZZINI, N.A. (eds.). *Oxford Studies in Agency and Responsibility: Themes from the Philosophy of Gary Watson*. Oxford: Oxford University Press (2019), pp. 165-190.
- _____. “Responsibility, Citizenship, and Criminal Law”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.) “Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2011), pp. 125-148.
- _____. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, (2001).
- _____. *The Realm of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2018)
- FERZAN, Kimberly. “Justification and Excuse”, en DEIGH, J. y DOLINKO, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (2011), pp. 239-268.
- GARDNER, John. “The Gist of Excuses”, en *Buff. Crim. L. Rev.*, vol. 1 (1998), pp. 575-598.
- GARLAND, David. *The Culture of Control*. Oxford: Oxford University Press (2001).
- GARVEY, Stephen P. “Injustice, Authority, and the Criminal Law”, en SARAT, A. (ed.) *The Punitive Imagination: Law, Justice, and Responsibility*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, (2014).
- GEWIRTZ, Paul. “Aeschylus’ Law”, en *Harv. L. Rev.*, vol. 101 (1988), pp. 1043-1055.
- GREEN, Stuart P. “Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders”, en *U. Chi. Legal F.*, 43 (2010), pp. 43-71.
- HUSAK, Douglas. “The Price of Criminal Law Skepticism”, en *New Crim. L. Rev.*, vol. 23, 1 (2020), pp. 27-59.
- KADISH, Sanford H. “Excusing Crime”, en *Cal. L. Rev.*, vol. 75, 1 (1987), pp. 257-289.
- LACEY, Nicola. “Criminal Justice and Social (In)Justice”, en MANTOUVALOU, V. y WOLF, J. (eds.). *Structural Injustice and the Law*. California: UCL Press (2024), pp. 168-201.
- _____. *State Punishment: Political Principles and Community Values*. London: Routledge (1988).
- _____. Nicola. *State Punishment: Political Principles and Community Values*. London: Routledge (1988).
- LANGER, Máximo. “Penal Abolitionism and Criminal Law Minimalism: Here and There, Now and Then”, en *Harv. L. Rev. Forum*, vol. 133, 9 (2020), pp. 42-77.
- LORCA, Rocío et al. “El hurto famélico en las decisiones de los tribunales penales chilenos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50 núm. 2, (2023), pp. 59-89.

- _____. “Castigar sin Estado: Consideraciones sobre la Corte Penal Internacional y la naturaleza del Derecho penal”, en *Revista Política Criminal*, vol. 15, núm. 29 (2020), pp. 290-309.
- _____. “Extrema Pobreza y Poder Penal”, en FERNÁNDEZ, C. y PEREIRA, E. (eds.) *Derecho y pobreza*. Madrid: Marcial Pons (2021), pp. 221-243.
- _____. “Judges as Criminal Associates of Totalitarian Regimes: The Chilean case under the Framework on International Law,” in Cárdenas et. al. (eds.) *Transitional Justice and the Criminal Responsibility of Judges*, Routledge (2025), pp. 244-255.
- _____. “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture & Human*. Vol. 18, 2, (2022), pp. 424-443.
- _____. “Sick and Blamed: Criminal Law in the Chilean Response to COVID-19”, en *Netherlands J. Legal Phil.*, vol. 50, 2 (2021), pp. 142-150.
- MATHIESEN, Thomas. “The Politics of Abolition”, *Contemp. Crises* 10, (1986), pp. 81-94.
- MATRAVERS, Matt. “Who’s Still Standing?: A Comment on Antony Duff’s Preconditions of Criminal Liability”, en *J. Moral Phil.*, vol 3, 3 (2006), pp. 320-330.
- NORRIE, Alan. *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press (2014).
- PHILIPS, Michael. “The Justification of Punishment and the Justification of Political Authority”, en *Law & Phil.*, vol. 5, 3 (1986), pp. 393- 416.
- SHELBY, Tommie. “Justice, Deviance, and the Dark Ghetto”, en *Phil. & Pub. Affs.*, vol. 35, 2, (2007), pp. 126-160.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum Passionis: Mitigar el Dolor en el Derecho Penal*. Barcelona: Atelier (2018).
- SIMMONS, A. John. “Justification and Legitimacy”, en *Ethics*, vol. 109, 4 (1999), pp. 739-771.
- TADROS, Victor. “Poverty and Criminal Responsibility”, en *J. Value Inquiry*, vol. 43, 3 (2009), pp. 391-413.
- TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights*. Atlanta: Scholars Press, (1997).
- WALDRON, Jeremy. “Why Indigence Is Not a Justification”, en HEFFERNAN, W.C. y KLEINIG, John (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2000).
- _____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press (1999).
- WILENMANN, Javier. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid: Marcial Pons (2017).