

Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)

SERGIO CÁMARA ARROYO

Prof. Asociado de Derecho penal y Delincuencia Juvenil (UNIR)

RESUMEN

El principal objetivo de este trabajo es el análisis de la norma penal desde una perspectiva social. En concreto, el presente estudio se centra en la apreciación de las circunstancias personales y socioeconómicas del delincuente en la determinación de los castigos penales, así como en la exigibilidad de actuación conforme a la norma en el delincuente, adulto y menor de edad, en situación de desamparo, indigencia, o riesgo social. Así, dentro de los factores de determinación de la pena encontramos la posibilidad de valoración de las «circunstancias personales del delincuente» como criterio valorativo en el artículo 66.1.6 CP, cuando no concurren atenuantes ni agravantes, mientras que en el artículo 7.3 LORRPM en el régimen de elección de la medida la Ley Penal del Menor se establece un criterio basado en el principio de flexibilidad atendiendo especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Palabras clave: individualización de la pena, artículo 66.1.6 CP, individualización de la medida sancionadora educativa, artículo 7.3 LORRPM, Justicia social, circunstancias socioeconómicas, hurto famélico.

ABSTRACT

The main objective of this work is the analysis of the criminal law from a social perspective. Specifically, this study focuses on the assessment of personal and socio-economic circumstances of the offender in determining criminal penalties and enforcement action in accordance with the standard on the offender, adult and minor, in situations

helplessness, homelessness or social risk. Thus, among the factors of sentencing we find the possibility of evaluating the «personal circumstances of the offender» as valuation approach in the article 66.1.6 CP when no mitigating or aggravating attend, while in the article 7.3 LORRPM in the regime of choice as the Criminal Law of Least criteria based on the principle of flexibility especially according to age, family and social circumstances, the personality and interests of the child is established.

Keywords: individualization of punishment, Article 66.1.6 CP, individualization of educational countermeasure, Article 7.3 LORRPM, social justice, economic circumstances, starving theft.

SUMARIO: I. Introducción: justicia social y sistema penal.–II. Individualización primaria de la pena y circunstancias personales del delincuente: artículos 20.7 y 66.1.6 CP.–III. Un caso paradigmático de Estado de Necesidad en situaciones de riesgo social: el hurto famélico.–IV. Flexibilización en la imposición de las medidas sancionadoras educativas de la LORRPM atendiendo a las circunstancias personales del menor delincuente.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA SOCIAL Y SISTEMA PENAL

El Prof. Gimbernat Ordeig en el prólogo de los magníficos *Comentarios a la Legislación Penitenciaria* del maestro García Valdés escribía que «los delincuentes proceden, en su mayoría, del proletariado. En primer lugar, porque la miseria social, cultural y económica que han padecido desde la infancia no suministra argumentos demasiado convincentes como para respetar un orden de valores –el dominante, porque es el de la clase dominante– que perpetúa aquella miseria y que privilegia a los miembros de los estratos superiores (...). Finalmente, la procedencia proletaria de la mayor parte de la población reclusa encuentra también una explicación –existen otras más, en las que no es posible ni necesario entrar aquí– en el hecho de que es la clase burguesa la que, de acuerdo con sus intereses, influye determinantemente en la selección de los comportamientos que pasan a integrar, como tipos delictivos, las leyes penales (...). Por eso, cuando se habla de resocializar a la sociedad y no al delincuente, de que es preciso crear estructuras que permitan al individuo desarrollar libre y desalienadamente su personalidad, uno no puede por menos que adherirse a esos objetivos, pero uno mira también a su alrededor y constata que ningún Estado ha conseguido, ni de lejos, alcanzar esos fines, pues ni se dispone de una idea muy clara del aspecto que ha de tener esa sociedad resocializada ni tampoco la forma en cómo se llega a

ella», de lo que «se deriva que el Derecho penal vigente ha de ser calificado de injusto (...) pero deriva asimismo que esa injusticia obedece a causas de difícil solución y de una complejidad prácticamente inabarcable» (1).

Tal ejercicio de sinceridad, que podríamos enlazar dentro del realismo de izquierdas que ha estudiado la Criminología moderna, deja patente que los que más sufren el peso de la ley penal son los más desfavorecidos (2). Ciertamente, hay que tener en cuenta que la exposición no sólo entronca perfectamente con una realidad social (3), sino que, además, se concatena con los –a veces olvidados en las últimas reformas penales– principios de mínima intervención, necesidad de la pena y *ultima ratio*, así como el de humanidad de las penas que, en mi opinión, debería ampliarse al concepto de humanitarismo (4) o humanismo el ordenamiento penal.

Que el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Carlos Lesmes, manifestara que la actual ley

(1) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo», en GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Legislación penitenciaria*. 2.ª Ed. Civitas, Madrid, 1982 (reimpresión de 1995), pp. 9 y 10.

(2) Vid. SERRANO MAÍLLO, M.ª I., «Delincuencia y pobreza. La economía de los presos», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núms. 8-9, 1995, p. 436, donde la autora citada advierte que «en el terreno penal, quienes se encuentran en mejor situación económica, es claro que tienen menos posibilidades de ser condenado e ingresar en prisión, pues pueden contratar a un buen abogado que les defienda adecuadamente, lo que no sucede con los que han de recurrir a la justicia gratuita, quienes posiblemente tengan una peor defensa frente a los jueces y tribunales (...). Históricamente siempre han sido tratados mejor por la justicia los que se encuentran socialmente más favorecidos». Al respecto, también Vid. SERRANO MAÍLLO, A., «Pobreza y delito», en *Anales del Centro Asociado de Albacete*, núm. 9, 1987-1989, pp. 237-245.

(3) En efecto, los datos empíricos han demostrado que la mayor parte de la población reclusa procede de la clase social proletaria, por lo que algunos autores han entendido que existe un fuerte «componente clasista» en nuestro sistema; Vid. RÍOS MARTÍN, J. C. y CABRERA CABRERA, P. J., *Mil voces presas*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; los mismos autores: «La cárcel: descripción de una realidad», en *Cáritas, Suplemento*, núm. 388, 1998.

(4) Más propio de la evolución del sistema penitenciario, utilizando la expresión de mi maestro, el Prof. Sanz Delgado, en su obra de obligada consulta sobre la historia de nuestro penitenciarismo, explicativa del porqué de muchas de nuestras instituciones actuales y crítica con las teorías meramente economicistas más simplistas; Vid. SANZ DELGADO, E., *El Humanitarismo penitenciario español*. Edisofer, Madrid, 2003. Ciertamente, puede afirmarse que históricamente, frente a la legislación penal más rígida, ha predominado en España, aún con sus déficits en materia de justicia social denunciados por los autores aquí citados, una regulación penitenciaria «más humana y moderna». Tal es también la conclusión, de otros autores, así como tras una exhaustiva revisión histórica de la evolución del Derecho penitenciario, apoyada en nuestra mejor doctrina, de FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Ministerio del Interior, Madrid, 2013, pp. 383 y 544.

procesal penal está «pensada para el robagallinas, no para el gran defraudador» (5) da buena cuenta de la actual problemática existente en la aplicación más formalista del Código penal a las clases más bajas del estrato social (6).

(5) *Vid.* «Lesmes pide reformar la ley porque está pensada “para el robagallinas” y no para el gran defraudador», en *El Mundo*, 22/10/2014. En una línea muy similar María Isabel SERRANO MAÍLLO escribía «que el Derecho penal es para los pobres y el Derecho civil para los ricos. Esto no es exactamente así, aunque hay parte de verdad y prueba de ello es que las clases más desfavorecidas vienen siendo las mayores consumidoras de la justicia penal»; Cfr. SERRANO MAÍLLO, M.^a I., «Delincuencia y pobreza...» *ob. cit.*, p. 435.

(6) Cuestión denunciada durante la tramitación parlamentaria de la nueva reforma del Código penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Así, Tardà i Coma aludía al «excesivo garantismo para algunos delitos económicos relacionados con la corrupción urbanística y el blanqueo de capitales», en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, de 12 de diciembre de 2013, p. 27; Llamazares Trigo, directamente denunciaba el carácter clasista de la nueva regulación (*Ibidem*, pp. 36 y 37): «He oído esta mañana en los medios de comunicación que este Código Penal era contra la corrupción. ¡Por Dios! Dígame qué artículos utiliza usted en este Código Penal contra la corrupción. No hay nada contra la corrupción, nada; muy al contrario, el levantamiento de bienes está tratado prácticamente a la baja; muy al contrario, en la responsabilidad penal de sociedades ustedes quitan todo lo que se había incrementado en revisiones anteriores. ¿Qué dicen? Que si el partido político o la sociedad tienen un programa preventivo no hay responsabilidad del ente jurídico y no hay responsabilidad de la sociedad, hay responsabilidad personal. Para ese viaje no necesitábamos estas alforjas. Por tanto, señor ministro, es claramente un Código Penal de clase, un Código Penal contra la inmensa mayoría de los pequeños delitos, pero un Código Penal que no está claramente frente a la corrupción»; en una línea similar, De la Rocha Rubi, indicaba que «El Código Penal del Partido Popular era, una vez más, duro frente al débil –elevaba exponencialmente penas en delitos ordinarios– y débil frente al fuerte, débil frente al corrupto» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Comisiones, de 16 de enero de 2015, p. 14); y, más adelante, «instamos una vez más la derogación paralela del artículo 307 ter, el famoso delito de obtención de prestaciones indebidas a la Seguridad Social por parte de los trabajadores, tanto más grave por la desigualdad tan radical que significa entre los defraudadores tributarios, los socialmente considerados corruptos, y los trabajadores que defraudan a la Seguridad Social. Sabemos que los primeros, los ricos y muy ricos, para cometer delito fiscal hoy tienen que defraudar al menos 120.000 euros al año, mientras que el pobre, el parado, el trabajador que compatibiliza el trabajo con un día o una semana de prestaciones de desempleo u otras ayudas públicas comete delito desde el primer euro. Como hemos dicho muchas veces es una nueva y dramática manifestación de un derecho penal de clase que habría que superar, señorías, y que este Código Penal mantiene» (*Ibidem*, p. 15); en el mismo Diario de Sesiones (p. 24), Llamazares Trigo advertía que «no es precisamente el Código Penal de los delincuentes de cuello blanco, de los corruptos o de los delincuentes de las finanzas, sino que parece más el Código Penal del delito patrimonial y del delito menor»; más exaltado es el discurso de Baldoví Roda, quien llega a asegurar que en la reforma «el sistema judicial penal es un mecanismo de represión de la disidencia y de la pobreza y no de cohesión

No obstante, pese a la *vis atractiva* del discurso neomarxista, recurrente en la Criminología radical y crítica, es preciso asimilar que, como anunciaba el Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid, la explicación a esta cuestión no puede entenderse mediante unos presupuestos ideológicos de carácter cerrado (7), pues nunca la explicación unívoca es la más verdadera y la fusión de fenómenos se impone en todo análisis serio de la realidad normativa y sociológica (8). Es cierto que las instituciones político-económicas

social y convivencia» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, de 21 de enero de 2015, p. 27); nuevamente, Llamazares Trigo, «así como el delito de cuello blanco y el delito de corrupción, que es lo que más alarma a la sociedad, no se abordan de manera profunda en este Código Penal, sin embargo en otros delitos, como la pequeña criminalidad que en nuestro país tiene un reproche penal altísimo, este Código Penal aumenta aún más ese reproche» (*Ibidem*, p. 38); con palabras muy similares a las de otros parlamentarios, Such Botella expone que «el Código Penal del PP eleva las penas con dureza en los delitos ordinarios, pero sus enmiendas, señor ministro, son excesivamente benignas con los corruptos, tradicional enfoque de dureza frente al débil» (*Ibidem*, p. 45); y también Rodríguez Esquerdo (Diario de Sesiones del Senado, de 3 de marzo de 2015, p. 48); Capella i Farré (Diario de Sesiones del Senado, de 11 de marzo de 2015, p. 13930); en el mismo Diario de Sesiones del Senado, expresa Iglesias Fernández (p. 13933), que en la reforma «se continúa el camino de la criminalización de la pobreza para dar una respuesta penal a situaciones que requieren, fundamentalmente, de una adecuada intervención social y, en cambio, los poderes públicos no prestan la necesaria atención integral a la alta delincuencia económica y corrupción política»; y, más adelante, de forma irónica, Rodríguez Esquerdo (p. 13960) «Ustedes amplían el campo de los diferentes delitos, eso sí, en todos menos en la lucha contra la corrupción –ahí son moderados y pasan de puntillas–, cuando es ahí, en ese tipo de delitos, donde deberían aumentarse las penas y no en los delitos ordinarios. Pero, claro, se les ven las intenciones: al débil, leña al mono; al poderoso y al amiguete: sé fuerte, Luis; aguanta, Luis».

(7) Siendo ésta la crítica más generalizada a los presupuestos de la criminología crítica radical; *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. Tomo II, Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 547 y 548; HERRERO HERRERO, C., *Criminología: parte general y especial*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 334. Al respecto, Serrano Maíllo advertía que «en el ámbito latinoamericano y español han prevalecido los [enfoques] puramente voluntaristas, especulativos e ideológicos (...) en contra de la impresión a veces dominante, los enfoques críticos son compatibles con metodologías científicas»; a reglón seguido, el autor citado indica que «los enfoques críticos ocupan un lugar imprescindible en la Criminología contemporánea y son, por lo tanto, irrenunciables»; *Cfr.* SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*. 6.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 437; el mismo: «Una nota sobre el compatibilismo entre una Criminología determinista y un Derecho penal basado en el libre albedrío», en Romero Casabona, C. M. (Dir.), *Genética y Derecho II*. CDJ, 40, Madrid, 2002, pp. 223 y 229-230.

(8) De hecho, algunos datos empíricos sugieren que no existe una correlación exacta entre pobreza y delito. En concreto, los datos de los países de América Latina, donde las desigualdades sociales resultan en ocasiones más acusadas, recopilados por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia y publicados

actuales no son justas y que ello revierte en que la aplicación rigorista del Derecho penal a las clases desfavorecidas sea también injusta, pero no lo es menos que el Derecho penal y su ejecución penitenciaria es –o, debería ser– el último estadio de actuación. Por ello, entiendo que no puede culparse en exclusiva a las estructuras jurídicas de control social de tales injusticias (9), puesto que lo primero a reformar –tarea ardua– debería ser el marco político y socioeconómico en el que se desenvuelven (10). Muchas de las críticas que se realizan

en el Boletín, núm. 0, octubre 2013, muestran que en «relación con décadas de investigaciones en criminología [que] aportan evidencia adicional que demuestra que la pobreza como tal no es un factor decisivo para explicar el delito de robo. Aunque la pobreza puede, en ciertas ocasiones, incidir en el delito, existen otros factores que activan la predisposición individual a delinquir. La pobreza, en el mejor de los casos, podría ser uno de ellos» (consulta en <http://celiv.untref.edu.ar/delinuencia-y-pobreza.html>). Sobre una interesante investigación respecto de la realidad mexicana que también arroja bastante luz sobre la no validación de esta correlación, Vid. ORTEGA SÁNCHEZ, J. A., *¿Pobreza = Delito? Los factores socio-económicos del crimen y el derecho humano a la seguridad pública*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2010, Toluca, pp. 365 y ss.

(9) Como parecen pretender algunos autores en su análisis de la normativa penitenciaria, representados en España fundamentalmente por la obra de Bergalli y Rivera Beiras; Vid., por todos, RIVERA BEIRAS, I., «La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)», en Bergalli, R. (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 354 y ss. Si bien el análisis crítico es fundamental, no pueden negarse –a pesar del complejo clima político-social de nuestra transición–, las evidencias de avance humanitario y aperturista acaecido con la promulgación de la LOGP (y, mucho menos, su legitimidad material, pues la formal está fuera de toda duda atendiendo al marco constitucional y su aclamación en sede parlamentaria). El ejemplo más claro de ello es el principio de flexibilidad (art. 72 LOGP y art. 100.2 Reglamento Penitenciario de 1996) que permite moldear los modos de vida en prisión acorde con las circunstancias personales y sociales del penado, y que ha dado lugar al establecimiento de figuras penitenciarias únicas, como el pliegue del régimen de vida ante el tratamiento penitenciario, el sistema de clasificación penitenciaria, los módulos de respeto, los módulos mixtos, el régimen abierto restringido, etc. En este sentido, la sensibilidad del, por aquél entonces, Director General de Instituciones Penitenciarias, mi querido «abuelo científico» el Catedrático de la Universidad de Alcalá D. Carlos García Valdés, quien visitó las conflictivas prisiones de la época y atendió a los reclamos de los internos (lo que ha sido reconocido, además, por la moderna criminología crítica europea; Vid. VAN SVAANINGEN, R., *Perspectivas europeas para una Criminología crítica*. DdeF, Buenos Aires, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 242 y ss.), a pesar de tener sobre sus hombros difíciles decisiones es, a todas luces, elocuente. No se trata de defender lo que no necesita ser defendido, sino de ser coherente y preciso con la fenomenología completa del momento y riguroso con el estudio de la norma al margen de los presupuestos de partida.

(10) Desde la teoría criminológica de la anomia, explicativa de la etiología del delito, también se han propuesto enfoques que indican que determinadas culturas y sistemas económicos favorecen la comisión de hechos delictivos. Tal es la explicación que barajan Messner y Rosenfeld, siguiendo la obra de Merton, cuando aseguran que

acerca de la supuesta insensibilidad social del sistema penitenciario actual son, en realidad, producto de gestaciones y adhesiones posteriores a su concepción inicial, que se incardinan en una política social y criminal errática, que ha restringido su aplicación más humanitaria (cumplimiento efectivo de las condenas, prisión permanente revisable, restricción del acceso al tercer grado penitenciario, nueva regulación de la libertad condicional, etc.). En definitiva, el reo llega a la prisión, y queda inmerso en su particular sistema de normas, tras pasar por numerosos estadios anteriores que deberían haber servido de dique contra tales injusticias sociales. Precisamente, si por algo se ha caracterizado la práctica de nuestro moderno sistema penitenciario ha sido por atemperar, incluso capear, y flexibilizar la aplicación de la ley penal en sus puntos más exasperantes. La responsabilidad debe ser, al menos, compartida.

Aun así, la denuncia desde estos sectores doctrinales aparece como necesaria, siendo tal extremo el mayor éxito de la Criminología crítica (11), evidenciando los desequilibrios del sistema penal y aportando posibles moderaciones a las injusticias sociales en la búsqueda de un Derecho penal más humano y proclive a la justicia social (12).

Una vez sentadas estas bases y transmitido mi parecer respecto a la cuestión, el lector podrá adivinar que el principal objetivo de este trabajo es el análisis de la norma penal desde una perspectiva social. Expresado en otros términos: ¿Existe un baremo social en nuestro Derecho penal actual frente a la aplicación rigorista de las normas? ¿Tiene el Derecho penal en España una vertiente humanitaria? ¿Atiende a las circunstancias personales y económicas de los más desfavorecidos? ¿Afectan las situaciones de riesgo social a la individualización de la pena? ¿Afecta por igual a ricos y pobres?

Las hipótesis planteadas son amplias y probablemente exceden las posibilidades de este somero análisis en el que quedarán algunas cues-

la cultura norteamericana favorece el delito; MESSNER, S. F. y ROSENFELD, R., *Crime and theamericandream*. 3.^a Ed., Belmont, Wadsworth, 2001; sobre esta teoría de la anomia institucional, Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...* ob. cit., pp. 359 y ss.

(11) Así lo defienden algunos autores modernos, a cuyos argumentos me sumo. Para una relación de tal corriente doctrinal, Vid. la enciclopédica obra de TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología*. Edisofer, Madrid, 2009, p. 655.

(12) Acertadamente indica Herrero Herrero, «estaría en lo cierto, si denunciara que los agentes de control social (Legislador, Ejecutivo, Jueces, Policía, establecimientos penitenciarios) no siempre hacen gravitar el ejercicio de sus propias funciones sobre la exigencia del bien común («delincuencia» y «delincuentes artificiales»), que la ley no siempre se aplica para todos de acuerdo con el principio de igualdad, que existen «privilegios» para determinados infractores. Pero no es asumible su postura cuando absolutiza y universaliza tales «déficits», carencias y abusos»; Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Criminología...* ob. cit., p. 334.

tiones en el tintero. Conviene, por ello, centrar el análisis en la apreciación de las circunstancias personales y socioeconómicas del delincuente en la determinación de los castigos penales –sobre la ejecución de los mismos, también podría escribirse extensamente, pero no es la finalidad de esta investigación–, así como en la exigibilidad de actuación conforme a la norma en el delincuente, adulto y menor de edad, en situación de desamparo, indigencia, o riesgo social.

II. INDIVIDUALIZACIÓN PRIMARIA DE LA PENA Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES O ECONÓMICAS DEL DELINCUENTE

Como es bien sabido, el Código penal establece una individualización legal de las penas, atendiendo a criterios formales tales como: el desvalor social asociado al hecho delictivo, la gravedad de los hechos, la importancia de los bienes jurídicos lesionados, etc. No obstante, nuestro sistema de determinación de la pena también concede una limitada discrecionalidad al Juez o Tribunal para ajustar el *quantum* total de la pena atendiendo a criterios más maleables como las circunstancias personales del reo o la gravedad de los hechos (13). En conjunto, el proceso de determinación legal y judicial de la pena (14),

(13) Así, expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS), que «*la individualización judicial de la pena concebida como «la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación» presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución. [...] Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el artículo 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados ejecución alcanzado»*; por todas, SSTS 718/2012, de 2 de octubre; 109/2015, de 3 de marzo.

(14) La determinación legal de la pena le corresponden las reglas formales que concretan la pena a través del grado de ejecución y participación en el delito (arts. 62 y 63 CP) y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (arts. 65 a 68 CP), que conducen a una de las mitades de la pena típica o a toda ella, en el caso de que no existan atenuantes ni agravantes. La determinación judicial de la pena se corresponde con la decisión individualizadora llevada a cabo por el Juez o Tribunal, dentro de los límites de la mitad de la pena a que le han conducido las circunstancias modificativas, o bien dentro del marco pena típica en el caso de que no existan ate-

conforma el primer estadio de individualización de las consecuencias jurídicas al delito, al que podríamos denominar *individualización primaria*, que afecta fundamentalmente a la duración o cuantía (dimensión cuantitativa) de la misma y que, en los supuestos de privación de libertad, quedará completado con la individualización científica penitenciaria, mucho más personalizada, que atiende a los grados de tratamiento, a los que se asocia un régimen de vida en prisión (dimensión cualitativa).

Dentro de los denominados *factores de determinación de la pena* proporcionados por la ley para orientar la decisión individualizadora llevada a cabo por el Juez o Tribunal (15), encontramos la posibilidad de valoración de las «circunstancias personales del delincuente» en el artículo 66.1.6 CP (16) como criterio valorativo, pero exclusivamente cuando no concurren atenuantes ni agravantes (17). Juega, por tanto,

nuantes ni agravantes. Al respecto, *Vid.* GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación de las penas. Sección Primera. Reglas generales para la aplicación de las penas», en Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*. Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 585.

(15) *Vid.* GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» *ob. cit.*, p. 585.

(16) Las circunstancias personales del delincuente como criterio de determinación de la pena también pueden encontrarse en algunos tipos penales específicos, como es el caso del artículo 153.4 CP en los delitos de lesiones (violencia de género); 171 CP, amenazas leves; 172 CP, coacciones; y 368 CP referente al tráfico de drogas. Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado. Criterios que, como advierte, entre otras, la STS 646/2011, de 16 de junio, «*coinciden prácticamente con los que acoge el artículo 66.1.6.º*». También sirve como baremo para la imposición de penas de inhabilitación, como en los delitos de receptación y blanqueo de capitales de los artículos 298.2, 302.1, 307.1 ter CP. Incluso, en algunos supuestos, las circunstancias socioeconómicas de la víctima serán tenidas en cuenta para agravar el delito, como es el caso del subtipo agravado de hurto del artículo 235.6 CP conforme al cual «*cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito*». Es importante tener en cuenta que «*si bien el artículo 66.6.º CP prescribe que también ha de ser valorado el criterio de las circunstancias personales del delincuente, las sentencias condenatorias no firmes no pueden valorarse para producir dos distintas consecuencias perjudiciales para el acusado, de suerte que si tales sentencias se han considerado como circunstancias desfavorables para no aplicar el subtipo atenuado, no pueden aplicarse también como elemento negativo a efectos del mencionado artículo 66.6.º CP*»; STS 441/2012, de 5 de junio.

(17) Según la STS 171/2015, de 19 de mayo, «*este juicio valorativo tiene como límite que el factor tomado en consideración no lo haya sido ya para la configuración*

«un papel residual» (18) en la determinación de la pena. Además de ello, hay que tener en cuenta que tal factor de determinación solamente podrá operar en beneficio del delincuente, esto es, para rebajar la pena ajustándola a la petición de la acusación en un proceso penal atendiendo al principio acusatorio. En la peor de las situaciones, el juez no estimará conveniente realizar ninguna rebaja de la pena por las circunstancias personales del delincuente, en cuyo caso el límite máximo de la misma continuará siendo la pena solicitada por la acusación (19) (que, por otra parte, puede coincidir con el límite máximo de la pena abstracta, si la acusación lo ha solicitado).

La valoración de las circunstancias personales del delincuente no están sometidas a las reglas de la prueba y contradicción pertinentes en el caso de las atenuantes y agravantes, aunque deben apoyarse en una base fáctica distinta a la que fundamentarían tales circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y someterse a la obligación de motivación de la decisión judicial (art. 72 CP).

Las circunstancias personales del delincuente, a diferencia de la gravedad del hecho delictivo, son factores de determinación de la pena

de alguno de los elementos del tipo que se aplica, por lo que implicaría de bis in idem (artículo 65 CP). Nada impide que en esa función individualizadora se tomen en cuenta circunstancias ajenas a esa tipificación, aunque estén previstas para otras figuras típicas o, en determinadas condiciones, pudieran servir de base para sustentar una circunstancia de agravación o atenuación, siempre que no se produzca un supuesto de doble valoración».

(18) Cfr. GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» ob. cit., p. 631.

(19) Vid. STS 646/2011, de 16 de junio, que indica que «una cosa es que se compulsen ambos elementos (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) y otra distinta es la jerarquía valorativa con que han de ponderarse y la intensidad y cualificación que han de presentar cada uno de ellos». Por otra parte, la STS 1214/2011, de 14 de noviembre, expone que «el quantum de gravedad del injusto ha de actuar siempre como límite o techo de la pena a imponer, de modo que el criterio de las circunstancias personales no debe rebasar ese tope, ya que si ello no fuera así se le estaría castigando al recurrente con una pena superior a la ilicitud de su acción en el caso concreto, acudiendo para ello a circunstancias relacionadas únicamente con la persona del sujeto autor de la infracción punible y correspondientes por tanto al concepto de culpabilidad en sentido estricto. Las circunstancias personales pueden operar, pues, como criterio para atenuar una pena que se corresponda con la gravedad específica del injusto cometido pero no para rebasarla [...] Distinto sería, tal como advertimos en la referida sentencia, si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la “escasa entidad”. En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado[...] De modo que con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho sí corresponde apreciar la norma atenuadora, que en casos como el presente no puede quedar arrinconada por circunstancias personales del imputado como las que se reseñan en la resolución recurrida».

que funcionan como índices que aconsejan rebajar la pena proporcionada y llevarla al mínimo legal previsto sin ser atenuantes de la responsabilidad criminal. Tal y como ha expuesto García Arán, «en suma, pueden ser interpretadas como índices de menor necesidad preventivo especial, por los que resulte suficiente una pena mínima a tales efectos» (20).

La expresión «circunstancias personales del delincuente» vino a sustituir a la utilizada en textos normativos precedentes, que hablaban de la «personalidad del delincuente». Aunque parece que el cambio de terminología pretende simplemente alejarse de una concepción eminentemente psicológica de este factor de determinación de la pena, lo cierto es que la actual redacción amplía y transforma considerablemente su significado. De este modo, no solamente podrán tenerse en cuenta cuestiones relativas a la personalidad del sujeto (v. gr. posibilidades de reinserción), sino también pertenecientes a su entorno social, familiar y económico (21).

Ha sido frecuente, probablemente debido a reminiscencias interpretativas sobre la anterior regulación (22), que se hayan asociado las circunstancias personales del delincuente exclusivamente a su personalidad (23), más concreta y erróneamente, al concepto de *peligrosi-*

(20) Cfr. GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» ob. cit., p. 633.

(21) Vid. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*. Comares, Granada, 2000, p. 162; Cfr. GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» ob. cit., p. 634; MAPELLI CAFFARENA, B., «El insoportable artículo 66 del Código penal», en García Valdés, C. et alii (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1158.

(22) Aunque algunos autores, como González Cussac, matizaron convenientemente la cuestión, indicando que con personalidad del delincuente se hacía referencia tanto a los elementos psicológicos del delincuente como la proyección social de los mismos; González Cussac, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R. A. 1670)», en *Revista del Poder Judicial*, 2.ª Época, núm. 4, 1986, p. 146.

(23) Así, por ejemplo, la STS1376/2003, de 24 de octubre, ha llegado a decir que «*circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica*». No considero la expresión muy afortunada, ya que dentro de la terminología del artículo 66.1.6 CP caben más factores que los atinentes a la «personalidad delictiva» del reo. En este sentido, parece más acertada, por completa, la redacción de otras resoluciones que indican en relación a la valoración de las circunstancias personales del delincuente que «*los jueces pueden imponer las penas en la cuantía que proceda según su arbitrio razonado, facultad eminentemente potestativa que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena*

dad criminal (24). Aunque no es el objeto que aquí nos ocupa, hay que indicar, posicionándonos del lado de la mayor parte de los autores, que el ámbito natural del concepto de peligrosidad criminal se encuentra en la regulación y determinación de las medidas de seguridad y no de la pena (25).

Aunque el alcance y significado de la expresión «circunstancias personales del delincuente» mantiene un perfil muy amplio e indeterminado (26), tanto la doctrina (27) como la jurisprudencia han tratado

requiere desde un punto de vista general que el Tribunal determine la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para delimitar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos; la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer»; Vid., entre otras, STS 675/2012, de 24 de julio.

(24) Así, por ejemplo, SAP Las Palmas, de 12 de noviembre de 2001; SAP Girona, de 28 de octubre de 2002; SAP León, de 31 de octubre de 2002; STS, de 30 de octubre de 2003; SAP Vizcaya, de 30 de diciembre de 2003; SAP Murcia, de 31 de marzo de 2004. Al respecto, obsérvese la aguda crítica de Vid. BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit. pp. 431 y ss.

(25) Así, las circunstancias personales del delincuente serán valoradas en la imposición de una medida de seguridad conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 CP que indica que deberá valorarse «*que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*». Cómo puede observarse, en este punto el legislador sí asocia las circunstancias personales a la peligrosidad criminal del sujeto que, a su vez, deriva de la previa comisión de un hecho delictivo, estando proscritas las medidas de seguridad postdelictivas en nuestro sistema de Derecho penal.

(26) Lo cual, en palabras de De La Mata Barranco, «parece lógico dada la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que pueden ser estudiadas al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de manera diferente según el sujeto a quien afecten»; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*. Thompson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 156.

(27) Así, entre otros, Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Revista del Poder Judicial*, núm.º 18, 1990, p. 139; JORGE BARREIRO, A., «La motivación en la individualización judicial de la pena», en VV. AA., *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 87 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Colex, Madrid, 1997, pp. 199 y ss.; SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...* ob. cit., pp. 161 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N., *Arbitrio judicial y*

de acotar su significado en aras de una mayor seguridad jurídica, si bien hay que reconocer que tales intentos han sido valiosos pero imprecisos (28) debido a la amplitud de la temática.

Respecto a los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo (TS), la interpretación clave de la terminología empleada por el artículo 66.1.6 CP queda resumida en el siguiente razonamiento: «cuando el artículo 66 del CP 1995 se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto (...). En el proceso de individualización de las penas, deben jugar una serie de factores que actúen al margen de las reglas más rígidas y formalistas que se establecen para el caso de que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social...» (29). La jurisprudencia también ha asociado las circunstancias personales del delincuente con la motivación para la comisión del delito, indicando que «se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado» (30).

La individualización de la pena por circunstancias personales del delincuente es, por tanto, un factor de flexibilización de la justicia penal que actúa de manera subsidiaria cuando no sea posible la valoración de circunstancias que modifiquen la responsabilidad crimi-

determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código penal). Comares, Granada, 2007, pp. 168 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general...* ob. cit., pp. 310 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La individualización de la pena», en Zugaldía Espinar, J. M. (Dir.), *Derecho penal. Parte general*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 918 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 271 y ss.; del mismo autor, *La individualización de la pena...* ob. cit., pp. 155 y ss.; BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 434 y ss.

(28) Vid. BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...* ob. cit., pp. 422 y ss.

(29) Vid. SSTS 927/2004, de 14 de julio (énfasis añadido); al respecto, también Vid. SSTS 24/2014, de 29 de enero; 666/2012, de 13 de junio; 21/2012, de 18 de enero; 1214/2011, de 14 de noviembre; 270/2011, de 20 de abril; 242/2011, de 6 de abril; 295/2011, de 6 de abril; 380/2011, de 19 de mayo; 281/2011, de 2 de marzo; 644/2009, de 12 de junio; 1807/2001, de 30 de octubre; ATS 2682/2001, de 13 de diciembre.

(30) Vid., entre otras, SSTS 413/2015, de 30 de junio; 856/2014, de 26 de diciembre; 708/2014, de 6 de noviembre; 285/2014, de 8 de abril; 878/2013, de 3 de diciembre; 53/2011, de 10 de febrero.

nal (31). Además de ello, se trata de un criterio de determinación de la pena no esencial que dependerá de la existencia de datos relevantes sobre el entorno social y la personalidad del delincuente (32). No obstante, como acertadamente apunta Besio Hernández, este modo de entender el criterio establecido por el artículo 66.1.6 CP vacía de contenido y operatividad real la valoración de las circunstancias personales del delincuente en la fase de decisión cuantitativa de la pena que, por otra parte, constituye un baremo legal de obligada o preceptiva apreciación (33). Por este motivo, la más reciente jurisprudencia exige la valoración de las circunstancias personales del delincuente dentro de la motivación de la pena a imponer, argumentando que, cuando no concurren atenuantes ni agravantes, «*la ley no solo nos dice que hay que razonar sobre la cuantía o duración específica de la pena, sino que nos concreta los criterios que hemos de seguir al respecto*» (34), es decir, los contenidos en el artículo 66.1.6 CP.

La mayor parte de la doctrina entiende que la valoración de las circunstancias personales del delincuente tiene una finalidad eminentemente preventivo-especial (35) y, de hecho, así es, aunque en ocasiones se vincule a la culpabilidad (36). No obstante, por cuanto también puede incluir factores de tipo socioeconómico, no parece apropiado descartar otras funciones secundarias de cariz preventivo

(31) Como excepción a esta regla general, el artículo 68 CP dispone que en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21 CP (eximentes incompletas), los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.

(32) Las circunstancias personales del delincuente no constituyen un elemento de obligada valoración judicial. Al respecto, *Vid.* BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit., p. 425, y las SSTs 400/2009, de 22 de abril; 313/2009, de 25 de marzo; 12/2008, de 11 de enero; 60/2008, de 23 de enero; 211/2008, de 23 de abril. No obstante, algunas sentencias han estimado necesario, dentro de la motivación del fallo, el pronunciamiento acerca de las circunstancias personales del delincuente en la determinación final de la pena; STS 13/2010, de 21 de enero, y STS 926/2010, de 26 de octubre.

(33) *Vid.* BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit., p. 430.

(34) Cfr. STS 413/2015, de 30 de junio.

(35) Sobre esta cuestión, con abundantes referencias bibliográficas, *Vid.* BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit., pp. 407 y 408.

(36) *Vid.*, por recientes, las STS 323/2015, de 20 de mayo, y STS 309/2015, de 22 de mayo, que indican que «*el Juez o Tribunal habrá de atender a ambas cuestiones –escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable–, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad –escasa entidad–; el otro referido más bien a la culpabilidad –circunstancias personales–)*».

general positivo (37) en interpretación sistemática con otros preceptos del Código penal (v. gr. arts. 4.3, 14.1, 68, 80, 88 y 95 CP). Así, es posible moderar la imposición de una pena que resultaría excesiva atendiendo a las circunstancias socioeconómicas del autor del delito, y que ello sea percibido como *justo* por la sociedad. En este sentido, la expresión introducida en el artículo 66.1.6 CP abre las puertas –aunque de forma bastante limitada– a una mayor *justicia social* en el ámbito del Derecho penal.

Como he tenido oportunidad de aclarar *supra*, dentro de la valoración de la cuantía penal atendiendo a las circunstancias personales del delincuente, es posible individualizar la pena valorando *criterios socioeconómicos*, lo que supondrá tener en cuenta los recursos económicos del sujeto actuante (nivel de vida, ingresos, situación de pobreza), estatus social (38) (rol que desempeña en su comunidad social, posición en su entorno de socialización), ámbito familiar y laboral (desempleo, situaciones laborales conflictivas, familia desestructurada o conflictiva), las situaciones de riesgo social en las que se encuentre o las dificultades culturales (desamparo, pobreza extrema, minorías étnicas, situaciones de discriminación, choque cultural) que sean relevantes en la consecución de los hechos delictivos.

Además de ello, la medición de las circunstancias personales del delincuente podrá ser valorada atendiendo a tres dimensiones temporales diferentes (39): la vida anterior del sujeto, su situación personal en el momento de realización del hecho y el comportamiento posterior (40). En lo que a este breve estudio interesa, solamente me detendré a examinar las alusiones al estado socioeconómico del sujeto

(37) Algunos autores solamente admiten una interpretación preventivo especial y no aprecian la cuestión del simbolismo y significación preventivo-general positiva aquí reflejados. Al respecto, *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 349 y ss.; del mismo autor, sobre esta cuestión, también *Vid.* «Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. L, 1997, pp. 323 y ss.; y también, «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 35, 2003, pp. 9 y ss. Desde mi perspectiva, aunque la prevención especial es, sin lugar a dudas, el leitmotif principal, cabe una posición de baremo entre ambos fines de la pena que revierta en una percepción de justicia social.

(38) Al «estatus socioeconómico y condición de empresario» del delincuente hace referencia la STS 256/2008, de 14 de mayo, si bien lo encuadra en la valoración de la peligrosidad criminal para realizar la valoración.

(39) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La individualización...* ob. cit., pp. 159 y ss.

(40) Así, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos o la conformidad con la pena. *Vid.*, por todas, STS 470/2011, de 26 de mayo.

actuante con anterioridad y en el momento de realización del hecho delictivo con el objetivo, marcado desde el inicio de la investigación, de comprobar el baremo social del delincuente en el Derecho penal.

Así, algunas resoluciones se han fijado en el nulo bagaje delictivo del delincuente, cuando éste carecía de antecedentes penales o policiales previos y su conducta podía ser calificada de «intachable», atendiendo al principio de proporcionalidad de las penas para delincuentes primarios (41). Más interesante es la valoración de las circunstancias de la vida social y laboral del sujeto, en la que caben la posición laboral, la juventud del sujeto de cara a su incorporación en el mercado de trabajo, la obtención de la documentación para el permiso de trabajo, el abandono del consumo de estupefacientes (42) o de la actividad delictiva antes del pronunciamiento de la sentencia (43).

Respecto al ámbito y situación familiar del delincuente como factor de riesgo social (44), en ocasiones la jurisprudencia parece haberlo ponderado con la gravedad de los hechos para restarle efectividad en algunos supuestos (45). En otras sentencias, sin embargo, se han tenido en cuenta las motivaciones del sujeto actuante para salir, tanto él como su familia, de un estado de precariedad económica a través del delito (46). Especialmente significativa es, en este sentido, la argumentación de la SAP Madrid, de 29 de enero de 2002, que expone que *«no [...] es igual la capacidad de decidir en libertad o, si se prefiere, de actuar conforme a la norma o de protagonizar una conducta alternativa a la que integra el tipo penal, de quien vive con normalidad y holgura y quien se pregunta cada día que será de él y su familia, y se encuentra en situación, sino de necesidad, si de tan grave apuro como*

(41) Vid. SAP Barcelona, de 15 de marzo de 1993; SAP Barcelona, de 7 de octubre de 2003; SAP Lugo, de 10 de noviembre; SAP Teruel, de 22 de abril de 2004; SAP Guadalajara, de 11 de octubre de 2004; SAP Cádiz, de 27 de marzo de 2007. No obstante, se advierte que «las circunstancias personales en cuanto se integran por la mera carencia de antecedentes, por sí sola es circunstancia neutral»; Vid. STS 56/2014, de 29 de enero de 2015.

(42) Vid. SAP Vizcaya, de 4 de mayo de 2001; SAP León, de 31 de octubre de 2002.

(43) Vid. SAP León, de 31 de octubre de 2002; SAP Guadalajara, de 11 de octubre de 2004.

(44) Vid. STS, de 29 de septiembre de 1993; ATS 2971/2009, de 21 de diciembre.

(45) Así, por ejemplo, STS, de 31 de enero de 1992, si bien la resolución lo valora desde el punto de vista de la culpabilidad, cuestión criticada por De La Mata Barranco, indicando que «si de lo que se trata no es de penalizar por una mayor culpabilidad, sino en realidad de tener en cuenta que la especial gravedad del hecho no puede compensarse con una situación personal a valorar favorablemente y que en este sentido se ha de priorizar aquella, ningún problema habría en aceptar la conclusión a la que se llega»; Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La individualización...* ob. cit., p. 164.

(46) Vid. STS, de 24 de julio de 2000; SAP Madrid, de 17 de noviembre de 2000.

para ingerir un tóxico potencialmente mortal y transportarlo durante horas dentro de su organismo».

En cuanto a la posición social del delincuente, se ha valorado el estatus cultural (47), profesional (48) y económico para individualizar la pena. En cuanto al estatus cultural del delincuente, también será relevante en la determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición, esto es, el desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta por motivos culturales, cuestión especialmente importante en la valoración de delitos culturalmente condicionados como la mutilación genital femenina (49). Del mismo modo, en el caso de delincuentes extranjeros se han tenido en cuenta los factores de arraigo social y familiar para dejar sin efecto la medida sustitutiva de expulsión del territorio nacional (50).

El estatus económico del delincuente es de obligatoria valoración, *ex artículo 50.5 CP*, en la determinación de la pena de multa que también tendrá que tener en cuenta «*la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo*». Pero con ello no se requiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, que resulta imposible y es, además desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permiten efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse (51). En este punto, algunas resoluciones se han pronunciado acerca de la proporcionalidad de la pena pecuniaria en situaciones de indigencia, adecuando la sanción e imponiéndola en los límites mínimos permitidos por el Código penal (52). Así lo ha expresado el TS en algunas de sus resoluciones, indicando expresamente que el límite mínimo de la pena de multa queda reservado para casos

(47) Así, por ejemplo, la STS, de 24 de julio de 2000 justifica una pena más leve atendiendo al hecho de que el procesado por tráfico de drogas era un «hombre de pueblo fácil de tentar» y continúa diciendo que «es una cuestión que no afecta al recurrente de modo exclusivo, sino a todos los que se encuentran en la misma situación que él, ciudadanos hispanoamericanos que se prestan a colaborar con el narcotráfico».

(48) Por ejemplo, tener un trabajo estable, *Vid.* SAP Lugo, de 10 de noviembre de 2003.

(49) Al respecto, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., «La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del artículo 149.2», en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 30, 2014, pp. 829-882.

(50) *Vid.* STS, de 24 de julio de 2000; SAP Bizkaia, de 20 de julio de 2006.

(51) *Vid.* STS, de 3 de junio de 2014.

(52) *Vid.* SAP, de 9 de enero de 2003; SAP Murcia, de 23 de abril de 2003.

extremos de indigencia o miseria. Excepcionalmente, se ha valorado la situación económica y profesional del delincuente en los supuestos de penas de inhabilitación para la conducción de vehículos a motor con el fin de no privarle de su único medio de subsistencia (53) y siempre que el delito no guarde relación con la seguridad del tráfico. Este aspecto también puede encontrarse en algunos tipos penales concretos, como es el caso de la nueva redacción del artículo 298.2 CP que establece que en los supuestos de receptación en los que se trafique con los efectos del delito *«los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para l ejercicio de su profesión o industria»*.

Finalmente, dentro de las circunstancias personales del delincuente parecen haberse descartado aquellas situaciones de posible discriminación que afecten exclusivamente a la ejecución de la pena que, en todo caso, deberán tenerse en cuenta en el segundo estadio de individualización de la pena privativa de libertad al que hacía referencia con anterioridad. Así, la SAP Cádiz, de 28 de septiembre de 2000, considera que no debe atribuirse ningún efecto penológico a la condición de transexual del condenado y que, en todo caso, *«podrá tenerse en cuenta a la hora de establecer un régimen penitenciario»*.

También las circunstancias personales del delincuente tienen relevancia a la hora de aprobar la suspensión de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 80.1 CP en el que se indica que *«para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas»*. Importante es la valoración de las circunstancias personales del delincuente extranjero en la suspensión de la medida de expulsión del territorio nacional, pues el artículo 89.4 CP establece que *«no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes*

(53) Vid. SAP Zaragoza, de 30 de octubre de 1995; SAP Las Palmas, de 24 de septiembre de 1998; SAP Murcia, de 20 de octubre de 1999; SAP Madrid de 7 de noviembre de 2000; SAP Las Palmas, de 27 de abril de 2001.

y *circunstancias personales*». En el apartado quinto del precitado artículo también se hace alusión a la valoración de tales circunstancias para estimar la duración total de la expulsión (54).

Una cuestión importante a tener en cuenta es que, tras la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (en adelante, LO 1/2015), las circunstancias personales del delincuente también serán valoradas en la revisión de la nueva pena de prisión permanente revisable donde, nuevamente, revierten en una discutible aproximación al concepto de peligrosidad criminal (55). No obstante, en general, la nueva regulación supone una limitación de las alternativas punitivas para los jueces y Tribunales, puesto que en la mayor parte de los casos no existirá discrecionalidad alguna y la prisión permanente revisable deberá imponerse obligatoriamente incluso aunque las circunstancias personales desaconsejen tal castigo. Por tanto, las circunstancias personales de los penados solamente podrán influir en el juicio de peligrosidad de la revisión (56).

De este modo, la suspensión de la prisión permanente revisable, regulada en el artículo 92 CP, en realidad establece el régimen de revisión de la nueva consecuencia jurídica, incluyendo nuevos periodos de seguridad en su cumplimiento. Así, se hace depender de un pronóstico de reinserción social favorable la suspensión de la pena, teniendo en cuenta los siguientes factores a valorar por la junta de tratamiento del centro penitenciario y sus informes en el que cumpla su condena y los especialistas peritos que el Tribunal determine: 1. Personalidad del penado; 2. La relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados en caso de reincidencia; 3. Conducta del propio penado; 4. Circunstancias familiares y sociales; y, por último, 5. Los efectos que quepa esperar de la propia suspensión. En este apartado es donde, a mi juicio, mayor indeterminación se introduce a la hora de valorar la situación del penado. Sobre esta cuestión Gimbernat Ordeig sentencia

(54) Conforme a la literalidad del precepto, «*el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado*».

(55) Que, incluso, se utiliza para determinar su imposición, pues el artículo 77 del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional), establece la posibilidad de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

(56) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., «La más criminal de las políticas: la revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)», en *La Ley Penal*, núm. 116, 2015.

con acierto que «la suspensión de la prisión perpetua revisable (...) se hace depender de unos criterios que están en contradicción con postulados que deberían considerarse irrenunciables en un Derecho penal democrático» (57).

Por último, como ya se ha señalado, las circunstancias personales del autor tendrán especial relevancia en la aplicación de nuestro sistema penitenciario de individualización científica a la hora de clasificar al interno en un grado de tratamiento y régimen de vida asociado al mismo, donde se despliegan los plenos efectos de la finalidad preventivo especial de las penas. Debido al reducido espacio de este estudio, tan sólo podremos hacer referencia a los artículos que quedan recogidos en el Código penal, remitiendo al lector a nuestra mejor doctrina penitenciaria para mayor información al respecto (58). Así,

(57) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la vigésima primera edición», en Gimbernat Ordeig, E. y Mestre Delgado, E. (Eds.), *Código penal*. 21.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 21.

(58) Además de las obras ya citadas de García Valdés y Fernández Bermejo, acerca de los criterios de clasificación penitenciaria, puede consultarse, sin ánimo exhaustivo, la siguiente bibliografía: ALARCÓN BRAVO, J., «La clasificación penitenciaria de los internos», en *Poder Judicial*, número Extra 3, Madrid, 1988; BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, Madrid, 1989; MADRID SAAVEDRA, M., «La Junta de Tratamiento. Clasificación de los internos. El tercer grado: criterios», en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, 2000; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*. Dykinson, Madrid, 2002; del mismo autor: *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Ministerio del Interior, Madrid, 2005; «Legislación aplicada a la práctica: la continua reforma de la clasificación penitenciaria», en *La Ley Penal*, núm. 21, 2005; «Clasificación en tercer grado y medio abierto», en *La Ley Penal*, núm. 67, 2010; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria», en *La Ley penal*, núm. 8, 2004; ARANDA CARBONELL, M. J., «Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 252, 2006; la misma autora: «La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 84, 2005; ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (Comentario al Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», en *La Ley Penal*, núm. 8, 2004; SANZ DELGADO, E., *Regresar antes los beneficios penitenciarios*. Ministerio del Interior, Madrid, 2007; del mismo autor: «Acortamientos de la condena los beneficios penitenciarios en la actualidad», en Cuerda Riezu, A. (Dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*. Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005; también: «El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad», en García Valdés, C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008; y «Tutela antidiscriminatoria y entorno penitenciario», en Escobar Roca, G. (Ed.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional del PRADPI*.

el artículo 36.2.d CP indica que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario (régimen de vida abierto) no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma en determinados supuestos, pero el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior. La misma limitación a la flexibilidad de nuestro sistema de individualización científica puede encontrarse en el artículo 78 CP respecto a la acumulación de penas privativas de libertad, donde también se valorarán las circunstancias personales del reo. El artículo 90.2 CP también barema las circunstancias personales del penado para la suspensión del resto de la pena y el acceso a la libertad condicional, aunque en un sentido diferente, pues exige una «*modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa*». En los supuestos de grave enfermedad o senectud del interno, también se valorarán las circunstancias personales para la concesión de la libertad condicional, por razones obviamente humanitarias (art. 91 CP).

III. UN CASO PARADIGMÁTICO DE ESTADO DE NECESIDAD EN SITUACIONES DE RIESGO SOCIAL: EL HURTO FAMÉLICO

Las circunstancias socioeconómicas del autor del delito no sólo tendrán incidencia en la individualización de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.6 CP, sino que también podrán ser valorados en la causa de justificación de *estado de necesidad*, que elimina la antijuridicidad del hecho. Ciertamente, mientras que los principios humanitarios en relación con los estados de riesgo social brillaban por su ausencia en nuestras primeras normas penales —en las que se castigaba con la pena de muerte el hurto y el robo—, el avance de los dere-

Dykinson, Madrid, 2013; SÁNCHEZ PARRA, F. J., «Criterios a valorar para la clasificación en tercer grado penitenciario», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008; FUENTES OSORIO, J. L., «Sistema de clasificación penitenciaria y el “periodo de seguridad” del artículo 36.2 CP», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2011; MILLA VÁSQUEZ, D. G., *Los beneficios penitenciarios como instrumentos de acercamiento a la libertad análisis desde la legislación iberoamericana*. Tesis doctoral. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2014.

chos sociales a partir de las postrimerías del siglo XIX y, sobre todo, durante el siglo XX, se aprecia un cambio de paradigma importante en el tratamiento penal del hurto cometido para sufragar los estados de hambruna o indigencia (59). Así, nuestras primeras codificaciones –Código Penal de 1870– estimaban, como máximo, la aplicación de una simple circunstancia atenuante al que hurtaba por hambre, por considerar que obraba con arrebató y obcecación. A partir del Código Penal de 1944, el TS estableció una doctrina consolidada a favor de la incardinación del hurto o robo famélico en el ámbito de aplicación del estado de necesidad.

De esta manera, la sustracción de alimentos y ropas (60) por parte de quienes se hallan en una situación de miseria ha sido considerada como una circunstancia merecedora de la exención o de la atenuación de la responsabilidad criminal.

Tal y como expone Del Olmo, la jurisprudencia actual del TS (61) establece un concepto amplio del hurto famélico (62), necesario o miserable, que comprende la sustracción de bienes ajenos para atender necesidades urgentes y vitales, como la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médico-farmacéutica, sin que realmente excluya la posibilidad de que el apoderamiento de otro género de bienes muebles ajenos no pueda tener cobertura dentro de la eximente o atenuante de estado de necesidad, dado que la enumeración de necesidades perentorias que se efectúa parece que es a título ejemplificativo, no como una lista tasada (63). Además de la sustracción de bienes ajenos, la jurisprudencia ha admitido que dentro de la definición de hurto famélico pueden quedar evidentemente incluidos otros ataques patrimoniales como las defraudaciones (64).

(59) Sobre la evolución histórica de esta particular figura de estado de necesidad, Vid. MURILLO VILLAR, A., «Reflexiones acerca de la relación entre el estado de necesidad y el hurto famélico desde una perspectiva histórica», en Camacho de los Ríos, F., y Calzada González, M. A. (Coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*. Edisofer, Madrid. 2005, pp. 401-420.

(60) Para paliar el hambre y cubrir el cuerpo o protegerse del frío, según la clásica definición. Al respecto, Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV, Ed. Losada, Buenos Aires, 1961, p. 486.

(61) Vid. SSTS, de 9 de diciembre de 1985; de 21 de enero de 1986.

(62) Acerca de la evolución del hurto famélico en la doctrina clásica, Vid. JULIÁN PEREDA, P., «El hurto famélico o necesario», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 17, 1964, pp. 5 y ss.

(63) Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico y la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación», en *Diario La Ley*, núm. 6426, 21 de febrero de 2006.

(64) Vid. STS 1153/1991, de 20 de marzo.

Por tanto, en aquellos supuestos, no sólo de grave riesgo social o de desamparo, sino de peligro vital para el trasgresor de la norma que sustrae propiedades ajenas sin la voluntad de sus dueños, en los que tal comportamiento apriorísticamente delictivo sea «*el único medio para evitar el peligro o escapar de la situación de necesidad y que se hayan agotado otras posibilidades como el recurso a las instituciones de beneficencia, públicas o privadas*» (65), se tendrán en cuenta las especiales circunstancias socioeconómicas del autor para establecer la exención de responsabilidad criminal por vía de la figura del estado de necesidad.

La jurisprudencia del TS exige la concurrencia de los siguientes requisitos para estimar la figura del hurto famélico (66):

a) *Realidad, gravedad e inminencia del mal que se trata de evitar*. Se trata, en definitiva, de uno de los requisitos esenciales de la causa de justificación del estado de necesidad (art. 20.5 CP).

b) *Que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia*. Esta circunstancia aúna las circunstancias personales derivadas de la situación socioeconómica del delincuente, puesto que refleja el estado psicológico de desesperación o, al menos, inexigibilidad, que provoca su situación de riesgo social que lleva al sujeto actuante a cometer el hecho delictivo (67).

c) *Que no se trate de una mera estrechez económica, más o menos agobiante*. En este punto el TS establece una valoración cuantitativa de la situación de pobreza exigida para que se considere el estado de necesidad. El TS se refiere, en suma, a situaciones de pobreza límite (68), si bien la condición de indigente no tiene por qué

(65) Vid. SSTS del TS de 4 de diciembre de 1987; de 8 de abril de 1988; de 13 junio de 1991.

(66) Vid. SSTS de 27 de diciembre de 1973; de 9 de diciembre de 1985; de 21 de enero de 1986; de 13 de noviembre de 1989.

(67) Decía, al respecto, el gran Jiménez de Asúa que «el hambre es susceptible de privar, a todo ser humano, de una parte de su libre albedrío, y de aminorar en él, en gran medida, la noción del bien y del mal; que un acto ordinariamente reprehensible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad, sin el cual la naturaleza rehúsa poner en ejercicio nuestra constitución física; que la intención de delinquir está todavía mucho más atenuada aún, cuando a las torturas angustiosas, resultantes de una larga privación de alimento»; Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal...* ob. cit., p. 468.

(68) Así, la STS 738/1972, de 9 de mayo, indicaba que aunque el procesado se hallaba en «*situación precaria por sus gastos familiares, al ser padre de familia numerosa y tener además a su cargo a su padre político*», estaba muy lejos de confi-

suponer automáticamente la aplicación de la eximente completa cuando no se cumplen los demás requisitos exigidos.

d) *Que se pruebe que se han utilizado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar.* Se exige agotar todas las vías personales de ayuda económica antes de recurrir a la actuación delictiva.

e) *Que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico.* El sujeto que se encuentra en situación de indigencia debe haber agotado otros cauces menos lesivos para los bienes jurídicos protegidos para paliar su situación de necesidad. En este requisito se incluye el haber solicitado la ayuda de las instituciones públicas y privadas de beneficencia (69). En algunas resoluciones se ha argumentado que actualmente existen mecanismos sociales, a través de comedores sociales, ONG, etc. que permiten cubrir las necesidades esenciales más básicas sin necesidad de perjudicar el patrimonio ajeno (70). No obstante, la pretérita exigencia de un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos públicos y privados, de beneficencia así como se probara que constituían, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose el necesitado al borde de perecer por inanición ha sido actualmente superada (71). En definitiva, por razones humanitarias nuestros Tribunales han entendido que la condición de inevitabilidad como exigencia, esencia de la eximente completa, debe ser valorada «*con una cierta flexibilidad, pues el recurso subsidiario de acudir a la beneficencia pública o privada no siempre será factible por la urgencia del caso, lugar en que ocurra la necesidad, crisis económica que difi-*

gurar un verdadero estado de necesidad en el sentido penal; también STS 582/1972 de 17 de abril. Críticos con esta restricción, VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 412, quienes proponen un concepto amplio de hurto famélico en el que también caben las situaciones económicas agobiantes a valorar dentro del estado de necesidad por razones de inexigibilidad.

(69) Así, por ejemplo, *Vid.* STS 2183/1991, de 13 de junio.

(70) *Vid.* SAP de Valencia de 17 de febrero de 2003; resolución criticada acertadamente por Del Olmo, quien expone que «resulta evidente que las ayudas sociales, públicas o privadas, no llegan a todas las personas incursas en situación de miseria, ni siquiera en los estados más desarrollados»; Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico...» ob. cit., nota 12.

(71) *Vid.* STS de 21 de enero de 1986; y, más recientemente, SAP Madrid 726/2014, de 11 de noviembre. Acerca de las críticas sobre este antiguo requisito, *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo II, 2.ª Ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 281 y 282; y QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 525; DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico...» ob. cit.

culta tal recurso, etc.» (72). Además de ello, ha de tenerse en cuenta que la mera posibilidad de que dichas instituciones atiendan o auxilien al necesitado no equivale a la certeza de que exista solución a la situación concreta de necesidad, constituyendo una especulación que supone una valoración de la prueba en contra del reo (73).

f) *Que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que haya tomado más de lo estrictamente indispensable*. El destino de los bienes sustraídos debe ser sufragar el hambre, la necesidad de habitación, la asistencia médico-farmacéutica (74) o la desnudez (75) del actuante por lo que se eliminará el mero ánimo de lucro en la sustracción, quedando exclusivamente el estado de necesidad y la supervivencia como única motivación del delito (76). Por otra parte, también será de valoración que lo sustraído sea alimento u cosa mueble (ropas, etc.) para consumir el propio acusado y que no se trate de elementos de lujo con los que pretendiera lucrarse. No obstante, la carga de la prueba acerca de este último extremo recae sobre el imputado (77). Respecto a los medios de prueba idóneos para justificar el estado de necesidad, Del Olmo expone que «como punto de partida, es preciso indicar que cualquiera de los medios de prueba regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sería válido para demostrar la penuria económica o la miseria, pero consideramos que la declaración o alegación del acusado no debiera bastar para justificar tal situación, debiéndose corroborar por otros medios de prueba, incluida la testifical, porque habrá supuestos en los que será difícil aportar documentos al proceso acreditativos de tal extremo (ej., cuando se trate de extranjeros indocumentados en situación irregular en España). No obstante, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 2.^a) de 17 de septiembre de 2004 (rec. 392/2004), se aplica la eximente de estado de necesidad en un caso en el que la prueba de los hechos que justifican esta circunstancia consistió exclusivamente en la declaración de

(72) Cfr. STS 1153/1991, de 20 de marzo.

(73) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Voz «Hurto», en VV. AA.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XI, Seix, Barcelona, 1979, p. 213.

(74) La jurisprudencia del TS ha eliminado la posibilidad de invocar el estado de necesidad del hurto famélico en los supuestos de toxicómanos que hurtan para conseguirse una dosis de la sustancia adictiva; Vid. STS 1082/1982, de 16 de septiembre.

(75) Es decir, que se «*aplicara lo sustraído a la satisfacción de esas vitales necesidades*», conforme a lo señalado en la ya citada STS 1788/1985, de 9 de diciembre.

(76) Sin que pueda admitirse, por ejemplo, el atraco a un banco; Vid. STS 914/1988, de 8 de abril;

(77) Vid. SAP Tarragona 67/2015, de 12 de febrero; SAP Madrid 35/2015, 19 de febrero.

las dos acusadas (que reconocieron el hurto de nueve kilogramos de arroz en un supermercado, sin otra prueba de cargo), aduciendo el Tribunal que si esta declaración “*se ha estimado creíble y suficiente para basar su condena también lo es para acreditar los elementos requeridos para aplicar la eximente de estado de necesidad*” (FJ 2.º), atendiendo, eso sí, a los datos concretos de que ambas mujeres son de Ecuador, donde el arroz es un alimento de primera necesidad, que se encontraban en situación de ilegalidad en España, sin trabajo, sin maridos y con cuatro niños entre las dos que alimentar» (78).

La falta de alguno de los requisitos exigidos, en particular el exceso del mal causado con relación a la necesidad sentida, dará paso a la eximente incompleta e incluso a la atenuante analógica (79). Adviértase, además, que en estos supuestos si se aplicara la pretendida exención plena, dado el carácter más o menos continuado en el tiempo de la necesidad a que se quiere atender, se estaría consagrando una impunidad de carácter permanente, incompatible con la propia finalidad preventiva que al Derecho Penal corresponde como medio para disuadir al ciudadano respecto de la realización de aquellos hechos que por su gravedad el legislador incluye entre los que han de ser castigados como punibles (80).

IV. FLEXIBILIZACIÓN EN LA IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS SANCIONADORAS EDUCATIVAS DE LA LORRPM ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL MENOR DELINCUENTE

Conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante, LORRPM), «*para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*».

Por tanto, en el régimen de elección de la medida la Ley Penal del Menor se establece un criterio basado en el *principio de flexibilidad*, que confronta algunos aspectos del rígido principio de proporcionali-

(78) Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico...» ob. cit.

(79) Vid. SSTS de 5 de marzo y 8 de abril de 1988; y también, STS, de 20 de marzo de 1991.

(80) Vid. SAP Madrid 482/2005, de 22 de noviembre.

dad entre sanción y gravedad de los hechos propio del Derecho penal de adultos (81). Sin lugar a dudas, las circunstancias concretas del menor delincuente tendrán un mayor peso en el Derecho penal de Menores y, en mi opinión, no podrá aludirse a la falta de datos relevantes para su valoración, puesto que parece un requisito imprescindible que, además, deberá ser investigado durante el proceso mediante los informes del Equipo Técnico. Las medidas sancionadoras en el Derecho Penal de Menores deben ser educativas y adecuadas a la naturaleza de los hechos, perfil y circunstancias del menor. A hechos de carácter transgresor les corresponden medidas formativas proporcionadas al riesgo de deformación que presenta el menor en su desarrollo (82).

Para elegir la medida sancionadora educativa a imponer, en primer lugar deberá atender, por tanto, a la valoración jurídica de los hechos, esto es, a su calificación penal conforme a lo dispuesto en el CP. Algunos supuestos de especial gravedad, contenidos en el artículo 10.2

(81) El modelo tutelar de justicia juvenil propugnaba prescindir del principio de proporcionalidad entre sanción y castigo penal, entendiendo que lo principal en la determinación de la medida era la peligrosidad del menor y las circunstancias personales del mismo. Si bien la Exposición de Motivos de la LORRPM rechaza expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cierto es que éste mantiene plena vigencia en el Derecho penal de menores. De hecho, la Exposición de Motivos LO 8/2006, que reforma la LORRPM establecía que *«el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido»*. Por otra parte, la SAP Barcelona, de 16 de octubre de 2002, advierte que *«se trata de medidas que tienen naturaleza penal y, por tanto, en su individualización debe tenerse en cuenta, no sólo el interés del menor en relación con su situación personal, sino también las circunstancias y entidad del hecho»* (énfasis añadido). Actualmente, la mayor parte de la doctrina entiende que el principio de proporcionalidad debe ser respetado en la determinación de la medida sancionadora educativa; *Vid.*, por todos, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho Penal Juvenil*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 48. También la jurisprudencia ha tomado esta dirección, indicando que los criterios del artículo 7.3 LORRPM «deben conjugarse con el principio de proporcionalidad respecto a la valoración jurídica de los hechos»; *Vid.*, entre otras, SAP Ciudad Real 1/2015, de 13 de marzo. No obstante, *«no es la proporcionalidad, sino el interés del menor, el criterio predominante en la elección de la medida a imponer»*; Cfr. SAP Valencia 535/2012, de 25 de septiembre de 2012.

(82) *Vid.* SSAP Huelva 94/2005, de 22 de abril; 253/2010, de 20 de septiembre. La redacción extraída de las sentencias precitadas ha sido modificada en el texto, habida cuenta de lo obsoleto de su redacción, cuya significación, sin embargo, considero completamente válida. Así, las sentencias utilizan una conceptualización puramente correccional, alejada del actual modelo de responsabilidad penal, denominando a las medidas de la LORRPM como «medidas reformadoras» y haciendo referencia al «Derecho de Menores» en una redacción que recuerda a los postulados correccionistas y tutelares.

LORRPM y aquellos castigados en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años tienen sus propias reglas de determinación y selección de las medidas (83). Para el resto de situaciones delictivas, el Juez de Menores tiene una gran discrecionalidad para imponer las medidas de considere oportunas, aunque también tendrá que tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción a la gravedad de los hechos, siquiera como un criterio de determinación subsidiario respecto a los demás criterios de selección. Esto se refleja también en algunos límites formales contenidos en la LORRPM, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 8 LORRPM, en donde, como indica Colás Turégano, nos encontramos con una manifestación del principio acusatorio, en virtud del cual está prohibido imponer una medida más grave que la solicitada por la acusación (84).

Respecto a si la comparativa entre penas y medidas de la LORRPM debe trasladarse a todas en general o solamente a las privativas de libertad, la doctrina mayoritaria entiende, pese a las dificultades de la comparativa entre algunas penas y medidas, que debe seguirse un criterio amplio, incluyendo a todas las del catálogo del artículo 7 LORRPM. Por el contrario, la Fiscalía General del Estado entiende que solamente se encuentra adscrita tal comparativa al ámbito de las penas y medidas privativas de libertad (85). A los límites antes expuestos se sumarán los impuestos por el artículo 9 LORRPM (86) y el ar-

(83) Lo cual resta mucha flexibilidad al criterio de elección de la medida con base en las circunstancias personales del menor y su interés superior; *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre», en Jorge Barreiro, A. y Feijoo Sánchez, B. (Eds.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva Interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 104 y 105; CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 528, 534, 535, 551.

(84) *Vid.* COLÁS TURÉGANO, M. A., *Derecho penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

(85) *Vid.* Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

(86) Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses. El precepto se encuentra pendiente de modificación, puesto que, conforme a la última reforma del CP introducida por la LO 1/2015, desaparecen las faltas. A falta de un criterio mejor, tendremos que tener en cuenta que lo

título 10 LORRPM, antes mencionado, que se ocupa de la posibilidad de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado cuando: a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales; b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades; d) Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado; e) Cuando se trate de menores inimputables conforme a lo dispuesto en el artículo 5.2 LORRPM, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e).

A mi juicio, estos criterios puede resultar en una aplicación sistemática del internamiento cerrado, que no parece tener cabida en una norma penal que dice presentar «frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica» (87). No parece ser coherente esta declaración con la imposibilidad de aplicar otras medidas de índole más educativa que el régimen cerrado –precisamente el más aflictivo de los regímenes– ante esos delitos, siempre que las circunstancias especiales del menor así lo aconsejaran. En este caso, cabe matizar que, aunque efectivamente va en contra del principio individualizador de las medidas (por el que deberá primar ante todo la evaluación de las circunstancias del menor) el régimen cerrado sólo debería imponerse en caso de necesidad, pudiendo ser sustituido lo antes posible por otros regímenes de internamiento menos restrictivos (como el semi-abierto) para los casos de menores infractores problemáticos, pero cuyos delitos carezcan del elemento de «agresividad» plasmado en la LORRPM (88). Desde el punto de vista educativo, y teniendo en cuenta los informes elaborados por el Equipo Técnico de Menores, las medidas de internamiento deben de aparecer de todo punto necesarias a fin de que el menor adquiera los suficientes recursos de competencia social para permitirle un comportamiento responsable en la comunidad.

Respecto a los criterios de circunstancias familiares y sociales, y la personalidad del menor, habrá que estar a lo dispuesto en los informes de

dispuesto en esta regla de determinación quedará en lo subsiguiente para los denominados delitos leves de la nueva regulación penal.

(87) Conforme a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LORRPM.

(88) Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...* ob. cit., p. 551.

los Equipos Técnicos (89) y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 LORRPM.

La medida sancionadora educativa deberá ajustarse, por tanto, a la situación familiar, social, educativa y criminal del menor delincuente de modo que se tendrán en cuenta factores tales como: los problemas psicosociales del menor [grado de socialización, impulsividad, autocontrol, motivación normativa, agresividad, gestión de la frustración y la ansiedad (90), consumo de estupefacien-

(89) Vid. SAP Valencia 535/2012, de 25 de septiembre, que matiza que «la selección y ejecución de las medidas por parte del Juez de Menores debe tener en cuenta, pero sin llevar a la vinculación, los conocimientos ofrecidos por los profesionales del equipo técnico» (énfasis añadido).

(90) Vid. SAP Madrid 50/2012, de 13 de marzo, que justifica la imposición de una medida de internamiento argumentando que «los informes insisten en que el menor presenta una sintomatología clínica de elevada ansiedad que no ha sido objeto de atención continuada, y que constituye un factor clave para su mejora e implicación en la medida, siendo por ello necesario el abordaje terapéutico junto con las actividades socioeducativas, dentro de un medio de mayor contención»; por su parte, la SAP Madrid 70/2012, de 24 de abril, valora el «síndrome de hiperactividad y dislexia que presenta el menor»; la SAP Madrid 123/2005, de 31 de mayo, indica que el menor encausado «cumple criterios psicodiagnósticos compatibles con trastorno de la personalidad disocial de inicio infantil y requiere intervención psicoterapéutica con el fin de que no curse en la edad adulta hacia un trastorno de personalidad antisocial»; también la SAP Valencia 535/2012, de 25 de septiembre, hace referencia a la necesidad de establecer una medida que lleve al menor a «interiorizar el cumplimiento de las normas, controlar sus impulsos, ni moderar sus reacciones agresivas»; la SAP Madrid 75/2003, de 23 de julio, expone que «la medida impuesta de cuatro sesiones de prestación de servicios en beneficio de la comunidad persigue que el menor reflexione sobre el alcance de sus comportamientos súbitos y desajustados, de modo que pueda superar las deficiencias intelectuales que refleja el informe psicológico, en cuanto a su limitación para la asunción de problemas e interpretación de las situaciones sociales con ausencia de consecuencias»; la SAP Tarragona, de 27 de octubre hace alusión a la «trayectoria de inadaptación y dificultad para aceptar las normas sociales, y que en el ámbito familiar, social y escolar tiene un bajo nivel de autocontrol»; en la misma línea SAP Madrid 120/2008, de 26 de junio; también la SAP Bilbao 4/2005, de 21 de enero, que valora las «conductas agresivas y violentas de alta intensidad (que no ha sido adecuadamente contenida o dirigida, a pesar de estar sometido al control de los servicios sociales desde hace años)». Un cuadro más completo de factores de riesgo se encuentra en la SAP Sevilla 169/2006, de 27 de marzo, en la que se valora la «falta de control y contención familiar del informado; relación con iguales de alto riesgo en un entorno social muy desfavorable y conflictivo; su personalidad vulnerable a la manipulación, impulsiva y con tendencia a la satisfacción rápida de sus necesidades. Presenta una inversión en su sistema de valores, percibiendo como positivos los comportamientos disociales y como negativos cualquier conducta prosocial; Ociosidad y desenvolvimiento en un entorno familiarizado con el consumo de drogas y otros tóxicos». La SAP Madrid 200/2005, de 4 de octubre, valora que «aunque actualmente sea mayor de edad, no ha iniciado un proceso de normalización, permanece ocioso, sin ocupación laboral alguna

tes (91), medio de socialización y barrio del menor (92), problemáticas culturales (93), etc.], los anteriores expedientes en la jurisdicción de menores no computables a efectos de reincidencia (antecedentes policiales, causas abiertas, etc.), la estructuración y relaciones del núcleo familiar (94), las prácticas de

al carecer de la más mínima motivación, se muestra poco sociable y flexible, tiene problemas de autocontrol y carece de organización de las defensas para manejar los problemas de forma constructiva»; de «vida desorganizaba del menor y falta de interés en los estudios» habla la SAP León 22/2007, de 29 de marzo. La «historia familiar y social disfuncional, con importantes carencias afectivas y educativas, que han marcado su evolución psico-emocional, derivando en una alteración de su psiquismo así como unos rasgos psicológicos en su perfil de personalidad» es valorada en la SAP Madrid 71/2008, de 5 de mayo. Lo «gratuito del comportamiento del menor que presenta ningún tipo alteración psicopatológica» es destacado en la SAP Melilla 31/2010, de 5 de abril.

(91) Vid. SAP Madrid 51/2012, de 13 de marzo; SAP Madrid 144/2004, de 6 de junio.

(92) En la SAP Tarragona 9/2013, de 21 de diciembre de 2012, se recogen las circunstancias personales del menor con la siguiente descripción: «convivió con sus progenitores, su hermana Valentina y su sobrino Argimiro, residiendo en un barrio con alto nivel de delincuencia, habiendo estado involucrado en muchas peleas en su infancia principalmente iniciadas por él mismo, habiéndose recomendado desde la escuela asistir a un programa psicológico para reconducir comportamientos agresivos sin haber asistido. Le consta un procedimiento abierto por delito de amenazas y lesiones. Consume hachís y no realizaba ningún tipo de actividad prosocial pasando su tiempo en la calle con amigos». También la SAP Sevilla 294/2009 hace referencia al entorno del menor, entre otros factores de riesgo tales como «la pertenencia a una familia desestructurada, consumo de drogas, la convivencia en una zona de alta conflictividad social y el encontrarse ocioso sin realizar actividad alguna formativa, educativa o laboral»; prácticamente en los mismos términos, SAP Málaga 177/2010, de 2 de marzo;

(93) Relacionado también con el error de prohibición, la SAP Ourense 38/2004, de 26 de mayo, tiene en cuenta las circunstancias personales y culturales del menor encausado: «originario de la República Popular China, llegado a España ocho meses antes de ocurridos los hechos, con desconocimiento de la cultura, costumbres y normas de este país y procedente de una sociedad jerarquizada y con los valores de obediencia y respeto a los mayores fuertemente arraigados». No obstante, termina desestimando la apreciación del mismo, también con base en las circunstancias personales del menor, indicando que «en la fecha de autos el menor se hallaba escolarizado en un instituto de esta ciudad y que su madre llevaba residiendo en España unos cuatro años» y, además, se tiene en cuenta a la hora de determinar la medida, pues «como bien razona la juzgadora “a quo”, apenas conoce nuestro idioma pese a constituir un instrumento fundamental para su comunicación y adaptación social, por lo que debe rechazarse la pretensión de sustituir dicha medida por la de amonestación».

(94) La SAP San Sebastián, de 24 de enero de 2002, valora positivamente que el menor «pertenece a una familia normalizada». Por otra parte, la buena relación familiar del menor fue valorada conjuntamente con otras circunstancias desfavorables en la SAP Madrid 102/2005, de 17 de mayo. Contrariamente, la familia del menor puede resultar un factor de riesgo al estar involucrada en actividades delictivas, como es el caso que se expone en la SAP Madrid 51/2010, de 22 de marzo. Un factor a tener en cuenta es el posible maltrato doméstico y las situaciones de conflicto intrafamiliar, como es el caso

crianza y control de los padres o cuidadores del menor (95), las carencias educativas, el absentismo y fracaso escolar (96), las circunstancias económicas (97) y laborales del menor (98) y su

expuesto por la SAP Santa Cruz de Tenerife 172/2010, de 21 de abril, acerca de un menor *«proveniente de una familia desestructurada, pues separados sus padres, vivía con su abuela y un hermano, siendo precisamente la abuela el sujeto pasivo del maltrato familiar, junto a tal circunstancia familiar, se evidencia un desconocimiento de los principios básicos de la convivencia, en cuanto no reconoce el principio de autoridad, presentando rasgos de una personalidad antisocial como la dificultad a acatar las normas, la falta de respeto a los derechos de los demás, escasa tolerancia a la frustración»*.

(95) La SAP Oviedo 479/2014, de 23 de octubre, ha entendido como circunstancias personales del menor bastante desfavorables el *«haber tenido varios expedientes más en la jurisdicción de Menores, viviendo en la actualidad con su madre, quien no es capaz de controlar sus actividades, ni de imponerle normas de conducta adecuadas, siendo finalmente muy significativo el hecho de que al menor no atendiese a las citaciones judiciales, no acudiendo al acto del juicio celebrado ante el Juzgado de Menores, ni tampoco al de la vista celebrada en grado de apelación»*. Por otra parte, la SAP Palma de Mallorca 98/2013, de 18 de abril, valora positivamente *«la existencia de un grupo familiar que ejerce el adecuado control sobre el menor»*; la SAP Murcia 130/2012, de 14 de marzo, justifica la selección de una medida de internamiento por tiempo prolongado, entre otros factores, en la *«inadecuación del modelo educativo proporcionado por sus progenitores, para el desarrollo emocional y maduración de la personalidad del menor»*; la SAP Santa Cruz de Tenerife 211/2011, de 17 de mayo, *«medio familiar carece de capacidad para operar con efectividad a través del programa de ejecución y con la libertad vigilada se le podrán marcar pautas y objetivos para reducir sus factores de riesgo. De esta manera podrá adquirir las habilidades, capacidades y aptitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social quedando sometido para ello a la vigilancia y supervisión de personal especializado»*; de *«déficit familiar para poder encauzar su conducta y para conseguir que tome su medicamentos»* habla la SAP Sevilla 465/2009, de 22 de septiembre. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta de modo especial en el caso de los menores extranjeros no acompañados: la SAP Madrid 34/2005, de 8 de febrero, se valora que el menor *«carezca de un referente adulto en nuestro país»*; de un modo similar a lo baremado en la SAP Madrid 83/2005, de 26 de abril, que advierte los siguientes factores de riesgo: *«sin control familiar en España, sin identidad cierta y sin perspectivas de hacer vida honrada en libertad»*. En la misma línea, SAP Madrid 69/2008, de 30 de abril; SAP Madrid 77/2008, de 16 de mayo

(96) *Vid.* SAP León 36/2007, de 26 de abril. También se hace hincapié en el *«déficit en aspectos básicos del aprendizaje y escasa motivación laboral»* la SAP Soria 9/2007, de 9 de febrero.

(97) Por ejemplo, situaciones de desamparo; SAP Palmas de Gran Canaria 91/2008, de 18 de marzo.

(98) Es posible que el menor se encuentre ya inserto en el mercado laboral cuando alcanza la edad correspondiente o realice algún tipo de actividad remunerada o formativo-profesional, por tanto, la extensión de la jornada laboral se tendrá en cuenta a la hora de determinar la medida; *Vid.* SAP Lleida 424/2014, de 10 de noviembre; SAP Madrid 260/2005, de 13 de diciembre; SAP Valladolid 306/2006, de 31 de octubre;

familia (99), la relación con los pares (100), su grado de responsabilización (101) y actitud con los adultos (102), etc.

(99) Sobre todo de cara a la responsabilidad civil *ex delicto* compartida con el menor, pero también como factor de determinación de la medida. Así, la SAP Tarragona 124/2009, de 9 de abril, indica que «las circunstancias del menor son muy complejas y de sus padres, también. Trabajan, han intentado favorecer su escolarización y han atendido cargas familiares muy graves».

(100) Factor importantísimo en el estudio de la delincuencia juvenil. La SAP Madrid 148/2011, de 30 de junio, una razón para la determinación de la medida el que el menor «*se relaciona con iguales con prácticas asociales como consumo de sustancias tóxicas. Se aconseja una medida de contención*»; también la SAP Murcia 74/2001, de 25 de octubre, indica que «*si se tiene en cuenta que el menor nunca ha conocido a su padre, que su madre ha estado en varias ocasiones en prisión, debido a su adicción a las drogas, y que el ambiente en que se desenvuelve [...] es muy conflictivo, señalándose en el informe psicológico, [...] que el grupo de iguales con el que se relaciona el menor presenta conductas disociales y son de edades y características socioculturales similares a las suyas, es claro que se debe confirmar la sentencia apelada, sobre todo añadiéndose en el informe mencionado que respecto al área familiar, la desestructuración y falta de control sobre el menor han influido e influyen en la actualidad en su adecuado desarrollo evolutivo*». En la SAP Tarragona 38/2006, de 19 de enero, hace referencia al «*absentismo escolar, indisciplina, falta de orientación y de sujeción a cualquier tipo de normas, vinculación con menores de características o rasgos similares*». La SAP 95/2008, de 3 de junio, evidencia la influencia de la relación con los pares, cuando a pesar de que el menor cuenta con un «*grupo familiar estructurado y constitutivo de adecuados modelos de conducta, considerando sin embargo la existencia de un factor de riesgo derivado del grupo de iguales que frecuenta, debido al carácter inseguro del menor y su tendencia a ceder fácilmente a la presión grupal*». La relación con los pares y la ausencia de control parental es especialmente importante en el caso de menores pertenecientes a bandas juveniles; al respecto, *Vid.* SAP Madrid 67/2008, de 28 de abril. Por otra parte, también se valoran las relaciones de riesgo con adultos en la SAP Madrid 163/2006, de 20 de junio: «*sin familia en España, no realización de actividad educativa ni formativa alguna, huida de centro de protección y relación con adultos con conductas delincuenciales*».

(101) La SAP Cádiz 33/2008, de 31 de enero, habla de «*falta de asunción de responsabilidades*». El grado de responsabilización del menor se tendrá especialmente en cuenta tras el cumplimiento de medidas previas, como es el caso de la SAP Murcia 145/2010, de 22 de julio, que vuelve a condenar a un menor que evidencia una «*nula interiorización de las normas y la ausencia de otros mecanismos de contención que eviten la reiteración delictiva y le permitan reflexionar sobre las consecuencias de su conducta*».

(102) Así, por ejemplo, su aceptación o no del principio de autoridad y su colaboración con los organismos de justicia penal juvenil, tal y como indica la SAP Sevilla 531/2013, de 18 de septiembre, cuando indica que «*atendidas las circunstancias personales del menor, su posición durante el expediente no reconociendo su culpa, no permitiendo ser examinado por el Psicólogo del Equipo Técnico y ocultar información de interés para la confección de su informe, además de la agresividad puesta de manifiesto, su falta de control de impulsos y el déficit familiar y social para poder encauzar su conducta, que aconsejan someterlo a una actuación complementaria en interés de su reeducación y en evitación de nuevas actuaciones antisociales que*

Especialmente relevante, a modo de ejemplo de lo anteriormente expuesto, es la SAP Santander 2056/2004, de 11 de junio, en referente a las circunstancias personales de dos menores de etnia gitana en situación de riesgo social (103) de cara a la selección y determinación de la medida: *«Los menores [...] pertenecen también a una familia de etnia gitana, dedicada a la chatarra y a la mendicidad. Ambos menores han tenido un proceso de socialización marginal, con falta de control y de límites en los patrones educativos de los padres hacia los hijos, no habiendo contado con unas condiciones estables y adecuadas para su desarrollo personal, persistiendo esas mismas circunstancias en su ámbito sociofamiliar que han sido determinantes, y suponen un importante riesgo para su evolución posterior»*. Sobre esta cuestión, cabe indicar, como expone Nieto Morales, que «se tiene la concepción de que la etnia gitana presenta

podrían perjudicar seriamente su vida futura»; también la SAP Barcelona 969/2013, de 11 de diciembre, tiene en cuenta que se trata de un «menor impulsivo y desafiante, con bajo tolerancia a la frustración y con graves dificultades para gestionar el conflicto, con incidentes agresivos en el Centro y falta de respeto a la norma y la figura de autoridad»; la SAP León 36/2007, de 26 de abril, hace referencia a las «relaciones con cierto nivel de conflictividad, tanto con profesores como con iguales»; a que en el momento de su detención no opusiera resistencia alguna hace referencia la SAP Tarragona 489/2005, de 24 de mayo, mientras que la SAP Cádiz 33/2008, de 31 de enero, se refiere al «desprecio ante el principio de autoridad que representaba la policía nacional».

(103) Acerca de las situaciones socioeconómicas de riesgo de los menores delincuentes de etnia gitana no se han realizado apenas estudios en nuestro país, con meritorias excepciones. Así, en estudios anteriores a la promulgación de la LORRPM, se ha llegado a las siguientes conclusiones: «basándonos en las características socio-sanitarias conocidas del pueblo gitano y de los jóvenes delincuentes, pensamos que las causas probables de los trastornos de crecimiento y/o nutrición que presentan el grupo estudiado de adolescentes gitanos delincuentes son la escasez de nutrientes por falta de recursos socioeconómicos, los malos hábitos dietéticos, los trastornos de la conducta alimentaria propios de la adolescencia, un estilo de vida con conductas de alto riesgo para la salud (p. ej., abuso de tabaco/drogas/alcohol) y la existencia previa de malos tratos, negligencias, abandono y/o enfermedades crónicas. Estudios recientes sugieren que problemas conductuales como la conducta agresiva y antisocial y la delincuencia juvenil pueden estar asociados con deficiencias nutricionales»; Cfr. OLIVÁN GONZALVO, G., «Jóvenes gitanos delincuentes: crecimiento y estado de nutrición a su ingreso en un centro de reforma juvenil», en *MedClin*, núm. 118(3), 2002, p. 118. Al respecto, es interesante consultar el trabajo de fin de grado de FERNÁNDEZ SORIA, R. J., *Estudio sobre los menores en conflicto de etnia gitana. Condiciones de vida e influencia del entorno en el que se desarrollan*. Zaragoza, 2014. Dirigido por Gimeno Monteverde, C. Una de las cuestiones a tener en cuenta acerca de la etnia gitana y que puede influir en las circunstancias personales de los menores delincuentes es el rechazo de los medios de control social habituales, que quedan sustituidos por instituciones informales de justicia dentro de la propia etnia; *Vid.* Informe FIO sobre Derechos Culturales. Trama, Madrid, 2012, pp. 264 y ss.

grandes cifras delictivas, sin embargo, los menores de etnia gitana representan sólo el 5,9% de los menores con problemas con la ley, y proceden sobre todo de familias con graves problemáticas educativas y económicas» (104).

Junto al Fiscal y al Juez de Menores, la tercera figura protagonista en el proceso penal de menores será el Equipo Técnico. El Equipo Técnico se configura como un órgano auxiliar en el proceso, un verdadero «tribunal facultativo de oficio» (105), compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales especialistas en menores –aunque se abre la posibilidad en el Reglamento de que otros profesionales (v.gr. criminólogos) puedan formar parte de él–, que realizaran una suerte de informes periciales con el objetivo de determinar la situación personal del menor (106). Se trata, en suma, de un «órgano especializado, cuya presencia a lo largo del proceso es cuasipermanente y que desempeñan un papel tan importante, que, en nuestra opinión, de su adecuada configuración, inserción y funcionamiento, va a depender en gran medida, que la LORRPM sea un instrumento positivo para conseguir los fines educativo-sancionatorio que la impulsan y la búsqueda de respuestas equilibradas a los problemas delictivos de los más jóvenes» (107).

Sobre el contenido del informe del Equipo Técnico, autores como Rechea Alberola, Fernández Molina y Colás Turégano, han destacado algunos contenidos que se resumen a continuación (108):

(104) Cfr. NIETO MORALES, C., «Las infracciones penales de los jóvenes. Una mirada sociológica», en *Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, núm. 9, 2010, p. 47.

(105) Cfr. CÁMARA ARROYO, S., «Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delinquentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. 6, 2014.

(106) Sobre la importancia del Informe del Equipo Técnico, la pretérita Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado, perteneciente a la anterior regulación ha indicado que «los informes suponen una muy valiosa e imprescindible ayuda que proporciona al Ministerio Fiscal y al Juez datos fiables para la toma de decisiones; a través de ellos puede orientarse la medida más adecuada, se da contenido educativo a las medidas y se detectan situaciones de desprotección, lo que puede posibilitar otro tipo de medidas: las protectoras. Precisamente porque esta información adquiere la categoría de esencial al procedimiento, es necesario mantener continuos contactos con los profesionales que forman los Equipos Técnicos».

(107) Cfr. DE URBANO CASTRILLO, E., «Los equipos técnicos en la Ley penal del menor», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2001, disponible consulta en: www.madrid.org

(108) Vid. RECHEA ALBEROLA, C. y FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Las ciencias psicosociales y el menor», en Martín López, M. T. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*. Cuenca, 2001; COLÁS TURÉGANO, M. A., *Derecho penal...* ob. cit.

1. Situación Psicológica y Psiquiátrica: anomalías patológicas, trastornos de la personalidad, carencia de habilidades sociales, empatía, autocontrol, niveles de frustración, impulsividad, etc.
2. Situación Familiar: familias desestructuradas, dinámicas familiares deterioradas, desarraigo familiar, patrones de crianza, problemática de los padres, problemas económicos, etc.
3. Situación Educativa: fracaso escolar, carencias educativas, falta de motivación y absentismo escolar, violencia escolar, etc.
4. Entorno social: aspectos comunitarios o ecológicos, barrio, grupo de iguales, ocio y tiempo libre, etc.

Como puede observarse, el informe abarca los principales elementos que configuran las circunstancias personales y socioeconómicas del menor. Ciertamente, existe una diferencia fundamental entre el Derecho penal de adultos y el Derecho penal de Menores respecto a la valoración de las circunstancias personales del delincuente. Mientras que, como se indicaba *supra*, en el caso de los adultos se trata de un baremo «residual» cuando no sea posible estimar otros métodos de individualización de la pena –circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal– y solamente operará para atenuar la misma, para los menores delincuentes se convierte en un criterio de imprescindible valoración que puede servir para argumentar la imposición de una medida sancionadora educativa más o menos restrictiva. Así, no pocas resoluciones hacen referencia a las circunstancias personales del menor para imponer una medida más gravosa, atendiendo a la necesidad de acotar los factores de riesgo socioeconómicos (109) o evitar el fracaso de los objetivos educativos y correccionales que inspiran la LORRPM (110).

(109) A modo de ejemplo, la SAP Bilbao 37/2015, de 14 de mayo, sostiene como argumento para la imposición de una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, en lugar de una simple amonestación, que *«si bien el hecho es leve, falta de hurto en grado de tentativa, prevención general, los factores de riesgo son considerables, prevención especial: bajo nivel de exigencia de obligaciones en entorno familiar y escasa importancia al ámbito formativo, alto nivel de absentismo a nivel educativo con bajo rendimiento escolar, falta de hábitos de estudio y no consecución de objetivos curriculares, a nivel de uso de tiempo libre carece de estructuración horaria, sin obligaciones en su tiempo libre más allá del cuidado de sus hermanos menores en ausencia de la madre. Es obvio que con una medida de amonestación como pretende la recurrente no va a interiorizar adecuadamente las consecuencias de sus actos ni se va a abordar los factores de riesgo a nivel personal, educativo y familiar que no son desdeñables»*.

(110) *Vid.* SAP Baleares, de 13 de noviembre de 2000.

Finalmente, el último criterio establecido para la determinación de la medida a imponer será el de interés superior del menor (111). Algunas de las dudas sobre la interpretación del precepto han sido despejadas recientemente por el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General, núm. 14 de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y que define el interés superior del menor como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Además de ello, el Comité establece una triple dimensión del concepto de interés superior del menor:

a) Como derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida.

b) Como principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Como norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, se deberá explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Finalmente, con mayor peso si cabe que en el caso de los adultos, las circunstancias personales y socioeconómicas de los menores delincuentes también deberán tenerse en cuenta en la ejecución y en el caso de modificación de las medidas (arts. 13 y 51 LORRPM).

(111) Un estudio pormenorizado de este concepto jurídico puede encontrarse en ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., «El interés superior del menor en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal», en *La Ley Penal*, núm. 114, mayo-junio 2015 (online).

V. CONCLUSIONES

Ante las constantes denuncias que la Criminología crítica y radical ha vertido acerca del mayor peso que ejerce el *iuspuniendi* estatal sobre las clases sociales más desfavorecidas, es preciso aclarar que, si bien no existe una firme correlación entre la pobreza y el delito, lo cierto es que la mayor parte de la población penitenciaria suele provenir de los sustratos más empobrecidos de la sociedad. La explicación a este fenómeno es compleja, por lo que no puede reducirse exclusivamente a la crítica normativa, sino que debe englobar también la fenomenología criminal completa –por ejemplo, diferencias penológicas y de perseguibilidad entre la delincuencia común y los denominados delitos de cuello blanco–, así como una mayor reflexión desde la perspectiva sociológica. En cualquier caso, es evidente que la Justicia penal no es la adecuada herramienta para solventar los problemas de Justicia social y no puede focalizarse en ella el peso de las desigualdades del sistema.

Entrando a valorar consideraciones de índole jurídico-penal, el análisis de nuestro actual ordenamiento punitivo de adultos muestra una atención más bien residual a las circunstancias socioeconómicas del penado a la hora de individualizar la pena privativa de libertad ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No obstante, el artículo 66.1.6 CP no es la única vía en la que se van a apreciar tales razones, teniendo una mayor incidencia en la pena pecuniaria (art. 50.5 CP) en la que se convertirán en el principal criterio de evaluación. Se evidencian en el presente estudio dos problemas fundamentales en nuestra legislación penal vigente: por un lado la falta de elasticidad de la que adolece la normativa expuesta de cara al uso de la argumentación sobre la situación socioeconómica del penado para la individualización de la pena, que se ve acotada materialmente en los supuestos en los que el juzgador no tiene elementos de valoración de tales circunstancias o, formalmente, por las propias restricciones con las que opera el artículo citado; y, por otra parte, la indefinición de la propia expresión utilizada por el legislador «circunstancias personales del delincuente», que ha sido tratada como una especie de «cajón de sastre» en el proceso de individualización primaria de la pena, si bien nuestra mejor jurisprudencia ha aclarado parte de su contenido.

La previsión legal queda complementada por algunos artículos de la parte especial, en los que se hace alusión nuevamente a las circunstancias personales del delincuente como elemento de ponderación de la horquilla penal. De este modo, podrá orillarse en algunos delitos, en

los que tales circunstancias son especialmente relevantes, la limitación del artículo 66.1.6 CP.

Además de ello, existe una figura específica en la que las condiciones socioeconómicas del delincuente pueden ser tomadas en consideración: el estado de necesidad. En especial, en los delitos patrimoniales clásicos la situación económica del sujeto activo puede ser reveladora. Los requisitos son, por supuesto, bastante restringidos. No obstante, es posible observar una progresiva modulación en la interpretación jurisprudencial del estado de necesidad justificante, así como por causas de inexigibilidad en los supuestos de hurto famélico.

Por el contrario, la atención a las circunstancias socioeconómicas del menor delincuente –que se extienden, en la mayoría de los supuestos, a las de su núcleo familiar– parecen ser de obligada consideración por parte del juzgador a la hora de determinar la medida sancionadora educativa. En este sentido, la preceptiva previsión de los informes del equipo técnico sobre la situación psicosocial del menor será determinante para valorar tales circunstancias socioeconómicas, elevándose a la categoría de herramienta imprescindible en el proceso de individualización de la sanción. Desgraciadamente, las progresivas reformas endurecedoras que ha sufrido nuestro Derecho penal de Menores han eliminado gran parte de la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de selección y determinación de la medida sancionadora educativa, introduciendo tipologías en las que será de obligada imposición la medida de internamiento en régimen cerrado.