El principio constitucional de igualdad en la determinación judicial de la pena

Un modelo dogmático de interpretación del art. 41, inc. 2 CP

Andrés Aníbal Olié[1]

Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Santa Rosa, Argentina.

✉ *andresaolie@gmail.com*

Fecha de recepción: 18/06/2024 – Fecha de aceptación: 19/08/2024

Cómo citar este artículo: Olié, A. (2025). El principio constitucional de igualdad en la determinación judicial de la pena. Un modelo dogmático de interpretación del art. 41. inc. 2 del Código Penal. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 15, N° 1 (enero-junio). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 51-74. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. DOI http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2025-v15n1a03

Resumen: El principio constitucional de igualdad no solo admite la clásica interpretación que proscribe toda clase de discriminación, sino que es posible –también– asignarle un alcance sustancial o material, mediante el cual asume la función positiva de revertir las condiciones de desigualdad existentes.

En el ámbito del derecho penal ello exige, por una parte, reconocer el carácter selectivo del sistema penal como una cualidad inherente a su estructura y, por la otra, la existencia de una gran cantidad de desigualdades de naturaleza estructural y sistemática en el ámbito social, que se traducen en la privación del acceso y goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)

1 Este trabajo presenta un tema que forma parte del proyecto de tesis doctoral "Dogmática crítica de la determinación judicial de la pena en el derecho argentino. Especial referencia al injusto imprudente", dirigida por el Dr. Eduardo Aguirre, aprobado mediante resolución 187/23 de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

Una interpretación amplia del principio constitucional de igualdad como la que aquí se anuncia y el reconocimiento de estas variables, favorece la interpretación de la ley penal infraconstitucional (art. 41, inc. 2, del Código Penal) con el alcance que la dogmática penal le asigna al concepto de culpabilidad por vulnerabilidad.

Esta fórmula legal, entendida aquí como la reglamentación del principio constitucional de igualdad en materia penal, determina que el reproche a quien ha cometido un hecho ilícito nunca pueda abarcar aquellas condiciones que determinaron su estado de vulnerabilidad, a cuyo respecto ninguna responsabilidad le cabe.

Palabras clave: Principio constitucional de igualdad; selectividad del sistema penal; desigualdad estructural; culpabilidad por vulnerabilidad.

The constitutional principle of equality in the judicial determination of punishment. A dogmatic model of interpretation of article 41.2 Of the Penal Code

Abstract: The constitutional principle of equality not only allows the traditional interpretation of outlawing any kind of discrimination, but could also be interpreted in a more substantial way, having the positive function of reverting unequal conditions.

In the sphere of criminal law the latter interpretation demands, on one hand, recognizing the criminal system's selectivity as an intrinsic characteristic of itself, on the other hand, the existence of a plethora of structural inequalities on the social front, that entails deprival of the use or enjoyment of economic, social and cultural rights.

The broader interpretation of the constitutional principle of equality outlined above favors the interpretation of the infraconstitutional article 41.2 from Argentina's Criminal Code, with the extent that criminal dogmatics assigns to the concept of culpability due to vulnerability.

This legal concept, understood as the implementation of the constitutional principle of equality in criminal matters, determines that the accusations to whom had committed an offense could never include conditions determined by their

own state of vulnerability, for which the accused does not bear any criminal responsibility.

Keywords: Constitutional principle of equality; criminal system's selectivity; structural inequality, culpability due to vulnerability.

O princípio constitucional da igualdade na determinação judicial da pena. Um modelo dogmático de interpretação do artigo 41.2 do Código Penal

Resumo: O princípio constitucional da igualdade não só admite a interpretação clássica que proscreve todo tipo de discriminação, como também é possível atribuir-lhe um alcance substancial ou material, pelo qual assume a função positiva de reverter as condições de desigualdade existentes.

No campo do direito penal, isso requer, por um lado, o reconhecimento da natureza seletiva do sistema de justiça criminal como uma qualidade inerente à sua estrutura e, por outro lado, a existência de um grande número de desigualdades estruturais e sistemáticas na esfera social, que resultam na privação do acesso e do gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Uma interpretação ampla do princípio constitucional da igualdade, tal como aqui anunciado, e o reconhecimento dessas variáveis favorecem a interpretação da lei penal infraconstitucional (artigo 41.2 do Código Penal) com o alcance que a dogmática penal atribui ao conceito de culpabilidade por vulnerabilidade.

Essa fórmula jurídica, entendida aqui como a regulação do princípio constitucional da igualdade em matéria penal, determina que a reprovação de quem cometeu um ato ilícito nunca poderá incluir aquelas condições que determinaram seu estado de vulnerabilidade, pelas quais não pode ser responsabilizado.

Palavras-chave: Princípio constitucional da igualdade; seletividade do sistema penal; desigualdade estrutural; culpabilidade em razão da vulnerabilidade.

1. Introducción

Proponemos en esta contribución llevar a cabo una reflexión, con base constitucional y convencional, en torno al principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva material como así también examinar su capacidad de rendimiento en el derecho penal, particularmente en el ámbito de la determinación judicial de la pena, a partir del concepto de "culpabilidad por vulnerabilidad".

En primer lugar nos referiremos al fenómeno de la selectividad del sistema penal, lo que conduce a la construcción cultural del estereotipo criminal que vuelve, a quien quede allí denotado, vulnerable frente al poder punitivo. Sobre la base de algunos datos oficiales podremos advertir de qué modo ese estereotipo criminal se verifica en las características más salientes de la población carcelaria en nuestro país.

Haremos luego una breve reseña de los conceptos de igualdad constitucional, desde una perspectiva material, a partir de las nociones que al respecto brindan Víctor Abramovich (2009), Paola Pelletier Quiñones (2014) y Roberto Saba (2005; 2016); como también de la Corte Suprema de la Nación (2000) y de los principales organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A estos conceptos de igualdad material se opondrán también algunos datos de nuestro país acerca de la pobreza, tanto en relación con los niveles de ingreso, como aquella otra de tipo estructural o sistemática, vinculada esencialmente a la vulneración de derechos sociales, económicos y culturales.

Finalmente se analizará la fórmula legal contenida en el art. 41, inc. 2, del Código Penal (en adelante, CP), cuando manda al juez atender a "la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos", como una concreta reglamentación del derecho constitucional/convencional de igualdad ante la ley, para concluir su relevante utilidad al momento de formular y cuantificar el reproche jurídico que se traduce en la imposición de una pena.

2. Selectividad del sistema penal y vulnerabilidad

El fenómeno de la selectividad es inherente al sistema penal y tiene su génesis en el inmenso programa de criminalización primaria,

absolutamente imposible de desarrollar –ni siquiera en proporciones razonables– por las agencias penales que poseen una muy limitada capacidad operativa. Frente a esto, las agencias ejecutivas del sistema no tienen otra posibilidad que promover la criminalización secundaria de modo altamente selectivo.

No se trata de elaborados y juiciosos criterios de política criminal; en razón de sus limitaciones técnicas, operativas y de recursos, el sistema actúa haciendo lo más sencillo: selecciona los hechos más burdos, toscos y groseros. Esta criminalización secundaria –a diferencia de la primaria, que posee un significado esencialmente simbólico y es, al menos formalmente, igualitaria–, recae solo sobre quienes tienen "bajas defensas frente al poder punitivo" (Zaffaroni *et al*., 2000, p. 9). Los alcanzados por el sistema penal serán –mayoritariamente– aquellos sujetos que cumplan con el estereotipo criminal construido a partir de rasgos fisionómicos, formas de vida, costumbres, lugar de residencia, vestimenta, etc., que paulatinamente, y con una fuerte influencia de los medios masivos de comunicación, constituyen idealmente los rasgos típicos del delincuente.

Se podría afirmar que en el sistema penal se encuentran también personas ricas y poderosas y que, por lo tanto, esta distinción es irrelevante. Lo cierto es que esto suele suceder pero es absolutamente excepcional; las personas ricas o poderosas suelen no estar sujetas al sistema penal y cuando entran, por conflictos con personas o grupos igualmente poderosos, permanecen poco tiempo o en circunstancias privilegiadas (Ávila Santamaría, 2012, p. 67).

Nadie niega que las cárceles alojan pobres que cometen delitos groseros y que –en su gran proporción– ni siquiera están condenados, es decir que son constitucionalmente inocentes. Es casi un lugar común afirmar que "mientras el delito está igualmente distribuido en todas las clases sociales, el castigo está sobrerrepresentado en los grupos económicamente más desventajados" (Lorca Ferreccio, 2012, p. 172).

La selectividad, si bien es un rasgo esencial de cualquier sistema penal, se manifiesta con mayor rigor en sociedades estratificadas y con mayor polarización de la riqueza y escasas posibilidades de movilidad social vertical (Zaffaroni *et al*., 2000, p. 11).

Las estadísticas de prisionización en nuestro país son claras:[2] durante el período 1996-2022, la tasa de detenidos aumentó aproximadamente un 219%, obviamente muy por encima del crecimiento vegetativo de la población. Mientras que en 1996 la tasa de prisionización era de 71 detenidos cada 100 mil habitantes, para 2022 ese guarismo llega a 227[3] personas detenidas por cada 100 mil habitantes; por supuesto, aún muy lejos de valores exorbitantes como los de Estados Unidos (531), pero igualmente preocupante por la tendencia alcista que muestra.

La discriminación entre condenados y procesados, aun habiendo mejorado con relación a los períodos anteriores, sigue siendo preocupante: el 42% de las personas presas no tiene condena.[4]

En cuanto al tipo de delitos que determinan la prisionización, aproximadamente el 41% corresponde a robos, hurtos y otros delitos contra la propiedad, seguido por los delitos contra la integridad sexual (18%), que han tenido un significativo crecimiento en los últimos años, y el 14% de delitos previstos en la ley de narcotráfico.[5]

La población carcelaria puede caracterizarse de la siguiente manera: 55% son personas jóvenes (menores de 35 años); 96% son varones; 95% son argentinos; 81% son solteros; el 91% radicados en centros urbanos; el 83% no culminó el ciclo de educación obligatoria y el 71% estaba desocupado o era trabajador de tiempo parcial.

El sujeto ideal que ilustra la representación de estos datos (joven, varón, soltero, radicado en centros urbanos, sin educación formal o, al menos, sin haber completado el tramo obligatorio –art. 16 de la ley 26.206–, sin oficio o empleo rentado, condenado o procesado

2 Todos los datos expuestos a continuación fueron obtenidos del Informe anual 2022 (últimos datos disponibles) del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena, elaborado por el Ministerio de Justicia de la Nación.

3 A esta cifra cabría incorporar 12.757 personas privadas de la libertad en dependencias policiales o de fuerzas de seguridad, lo cual llevaría la tasa de prisionización total a 255 personas cada 100.000 habitantes.

4 Sin considerar otras 12.015 personas que se encuentran con prisión preventiva domiciliaria y/o monitoreo electrónico.

5 Que continúa encarcelando a consumidores y pequeños comerciantes minoristas, detenidos como resultado de procedimientos y acciones policiales de flagrancia y no producto de una labor de inteligencia criminal que permitiría llegar hacia los máximos responsables (Zaffaroni/ Alagia/Slokar, 2000:9).

por un delito contra la propiedad), se compadece perfectamente con el estereotipo criminal al que antes nos hemos referido.

3. Principio constitucional de igualdad ante la ley

3.1. Igualdad formal vs. igualdad material

El art. 16 de la Constitución Nacional establece los fundamentos formales de la igualdad, lo cual constituye un "principio valioso pero incompleto" (Gelli, 2008, p. 232), a partir de una redacción "escueta y débil" (Saba, 2016, p. 80), que no obstante sirvió para que la Corte Suprema pudiera identificar categorías sospechosas, en las cuales existe una fuerte presunción de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad formal, tales como: extranjería (art. 20 CN); género (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); raza, color, linaje u origen nacional o étnico (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial), entre otras.

Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución Nacional tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo, que resultan irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira realizar (Saba, 2016, p. 50). Pero a esta breve descripción de la igualdad formal cabe sobreponer otra de carácter material, mucho más rica y provechosa en sus posibles derivaciones. Mientras la primera tiene una genealogía identificada con el pensamiento liberal clásico individualista, la segunda tiene un componente estructural, en la que resulta indispensable la incorporación de datos históricos, sociales y culturales acerca de los fenómenos de exclusión sistemática de amplios sectores de la sociedad (Saba, 2016, p. 30).

Se trata de un nuevo alcance del principio constitucional de igualdad que la doctrina ha sistematizado bajo denominaciones tales como "igualdad como protección de grupos subordinados" (Abramovich, 2009), "discriminación estructural" (Pelletier Quiñones, 2014), o "igualdad como no sometimiento (Saba, 2005; 2016); todas ellas manifestaciones del concepto más general de "igualdad material", expresión que usaremos en lo sucesivo.

La necesidad de la ampliación de este criterio sobreviene a partir del reconocimiento de la existencia de múltiples casos en los cuales la visión individualista y clásica del principio de igualdad ante la ley resulta totalmente insuficiente para evitar los efectos discriminatorios que se manifiestan, aun bajo tratos formalmente igualitarios.

El principio de igualdad formal solo es útil si se presumen ciertas condiciones básicas de igualdad de oportunidades, mientras que cuando la realidad pone en evidencia que tales circunstancias no pueden asumirse, el principio llega tarde y se transforma en un instrumento para perpetuar y reforzar las prácticas que generaron aquella desigualdad estructural de origen. Para la noción de igualdad material "lo que sucede de hecho, antes del momento de la selección ciega,[6] es un dato para nada irrelevante" (Saba, 2016, p. 97). En estos casos, la aplicación del principio clásico de igualdad, aun cuando permita afirmar la idea de igualdad de trato ante la ley, desatiende

> ... aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a la que están sometidas algunos grupos de la sociedad. El primer enfoque nos protege del capricho y la irrazonabilidad, el otro pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación. (Saba, 2016, p. 79)

En el mismo sentido, refiere Abramovich (2016) que

> ... [u]na serie de prácticas que en apariencia pueden ser neutrales o pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido, y por ello pueden considerarse violatorias de la regla de igualdad. Estas consecuencias parten de una lectura en clave social del principio de igualdad, ya que implican reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. (p. 19)

Precisamente, ese impacto diferente de medidas o acciones que podrían perfectamente superar el test de igualdad formal originan "diferencias de hecho en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático" (Saba, 2016, p. 52).

6 Manifestación paradigmática de la igualdad formal.

Este criterio de igualdad amplio, que recoja tanto el criterio formal como el material, debe incorporar datos históricos, sociales y culturales, porque son estos los que explican la desigualdad –de derecho o de hecho– como el resultado de una situación de exclusión social o sometimiento de grupos de personas vulnerables, en forma sistemática, debido a complejas prácticas sociales, prejuicios o sistemas de creencias (Saba, 2005; Pelletier Quiñones, 2014).

Propone Pelletier Quiñones (2014) las siguientes características del concepto de "discriminación estructural":

a) que exista un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser minoría;
b) que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable;
c) que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural;
d) que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región;
e) que la política, medida o norma de *jure* o de facto sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional.

3.2. El plano constitucional/convencional

La Constitución Nacional de 1853-1860 no facilitaba –aunque tampoco impedía–[7] una comprensión amplia en el sentido que proponemos. Sin embargo, la clásica interpretación del principio de igualdad formal ante la ley ha sufrido una significativa modificación en la última reforma constitucional con la incorporación del inc. 23 del art. 75, en el cual expresamente se alude a la promoción de acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, así como también la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación. En opinión de Saba (2016):

> ... [e]l inc. 23 del art. 75, incorporado a la Constitución argentina aportó un elemento faltante en el art. 16 (o explicitó un

7 Más aún, reconoce Saba (2016) ya la existencia del concepto de igualdad como no sometimiento en los primeros documentos patrios que precedieron a la Constitución Nacional.

> elemento implícito, según cómo se interprete la cláusula), referido a la necesidad de compatibilizar el principio de no discriminación con el principio de no sometimiento. El derecho a ser tratado igual, por supuesto, exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también estipula que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, el Estado no puede actuar como si no existiera. La neutralidad y ceguera estatal respecto de las diferencias irrelevantes entre las personas para hacer distinciones en el trato no pueden aplicarse cuando existen esas situaciones. (pp. 141-142)

Esta noción de igualdad material aparece reflejada en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de septiembre de 2000, en la causa "Delgado" (Fallos: 323:2659).[8] La mayoría de la Corte se remite al dictamen del Procurador, el cual ratifica la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que, por mayoría, rechazó la acción de amparo y declaró la validez de la ordenanza cuestionada. Sus argumentos son de tipo formal, derivados del derecho administrativo, sosteniendo la competencia del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba para el dictado de la ordenanza y que, por tanto, no corresponde expedirse sobre el mérito, oportunidad o conveniencia de ella, en función de la autonomía universitaria; como también que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones, citando al respecto la sostenida jurisprudencia de la CSJN.

Sin embargo, el juez Petracchi estimó necesario expedirse "sobre los aspectos constitucionales que en el caso se suscitan y que no aparecen examinados en dicho dictamen" (considerando 1). Se concentró, entonces, en el análisis del principio de igualdad, primero como prohibición de la discriminación (considerando 2 de su voto), y luego formulando la pregunta que realmente tiene interés para el análisis

8 Los hechos del caso aparecen narrados en el Dictamen del Procurador General, indicando que los actores, padres de alumnos regulares del Colegio Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron acción de amparo a fin de evitar la aprobación, por parte del Consejo Superior de la Universidad, de la ordenanza 2/97, en virtud de la cual se admitiría el ingreso de mujeres, es decir, que se transformaría en un colegio de carácter mixto, contrariamente a la costumbre sostenida desde su fundación, aunque no dispuesta reglamentariamente. "Adujeron que optaron por el Colegio Monserrat, ya que respondía a su ideario y a sus convicciones filosóficas, éticas y religiosas y a que su proyecto de enseñanza humanista orientada a varones era lo que mejor se adaptaba a la naturaleza y estructura de la personalidad de sus hijos. Su transformación en un establecimiento mixto importaría un cambio drástico de dicho proyecto y de la formación que otorga a sus alumnos, con perfil e identidad propias".

de la igualdad material acerca de cómo pudo coexistir durante tanto tiempo el texto del art. 16 CN con "otras normas de inferior jerarquía que hoy parecen claramente discriminatorias contra la mujer". Refiere Petracchi que el proceso de adecuación de las normas infraconstitucionales fue lento "porque eran fuertes las resistencias que presentaba una estructura social en la que florecía y medraba una impronta decididamente patriarcal" (considerando 3 de su voto).

Es posible reconocer la noción de igualdad sustancial o material cuando afirma que

> ... [l]as categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia. (considerando 9 del voto del juez Petracchi)

Desde esta perspectiva, la idea de no perpetuación de la inferioridad de un grupo permite incorporar la hipótesis de una condición permanente de exclusión e inferioridad, lo que remite al empleo del principio de igualdad en un sentido significativamente más amplio.

Un desarrollo similar acontece en el ámbito del sistema regional e internacional de derechos humanos. Si bien sus principales normas reproducen la noción clásica de igualdad formal –como proscripción de la discriminación–,[9] es posible realizar una reinterpretación del principio. En este sentido, Abramovich (2009) reconoce la evolución

9 El art. 2° de la DADyDH dispone que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".
El art. 1.1 de la CADH afirma: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".
El art. 24 de la CADH consagra que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".
El art. 26 del PIDCyP dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".
El art. 2.2 del PIDESyC estipula la obligación de los Estados de "garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

registrada en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde un concepto de igualdad formal hacia otro de igualdad sustantiva o material:

> Se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o "ceguera" frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección. (p. 18)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 18/2003, solicitada por México –acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados–,[10] refirió en el apartado vinculado a los "Efectos del Principio de Igualdad y No Discriminación", que

> ... [l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (párr. 104)

Finalmente, y de manera aún más clara en el sentido de reconocer un concepto de igualdad material o sustancial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas (2007), afirmó que

10 Esta situación constituye un caso de desigualdad estructural (OC-18/2003, párr. 112).

> ... [e]l sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho. (párr. 99)

4. Desigualdad estructural

Las actuales condiciones de nuestra sociedad, signada por una enorme desigualdad –tal como más adelante se indicará–, impone la necesidad de reconocer un principio de igualdad que no quede encorsetado en la clásica interpretación formal. Esta inteligencia limitada, sumada al carácter estructural que presenta la desigualdad, implica reproducir condiciones de exclusión y vulneración. Por el contrario, la noción de igualdad material se articula como una posible defensa constitucional frente a la desigualdad, conectando los derechos económicos, sociales y culturales como herramienta destinada a desmantelar una práctica de exclusión, sometimiento estructural y vulneración de derechos.

Afirma Ferrajoli (2004) que

> ... [l]as diferencias –sean naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades –sean económicas o sociales– son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción (...) Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales de libertad; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de igualdad sustancial que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales sociales. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos; al igual

> respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades. (pp. 82-83)

Más allá de los datos de pobreza medida por ingresos, que estadísticamente se vincula al costo de un estándar mínimo de consumo, se impone una mirada multidimensional basada en un enfoque de derechos que evidencie la existencia de necesidades básicas insatisfechas, inherentes a vivienda, nutrición, acceso a la salud, educación, empleo, seguridad social, etc.; es decir, vulneración de derechos sociales, económicos y culturales.

Algunos datos sobre pobreza y desigualdad nos permiten visualizar el fenómeno:

1. En nuestro país, el índice de Gini que mide la desigualdad en los niveles de ingresos[11] fue de 0,435 en el cuarto trimestre de 2023, mientras que en igual período de 2022 era de 0,413 (Instituto Nacional de Estadística y Censos [Indec], 2023), de modo que hubo un retroceso, tornando más desigual la distribución del ingreso.

2. La pobreza en Argentina, medida al segundo semestre de 2023, registró un valor de 41,7%, mientras que la indigencia fue de 11,9%. Ambos valores registran un permanente incremento desde el año 2011 (Indec, 2023).

3. Pero entre los niños, menores de 17 años, estos guarismos se incrementan, con un registro de 39,5% de pobres, pero un 18,9% de indigencia, llevando el total de la pobreza al 58,5% de esa franja etaria de población (Indec, 2023).

4. La medición del índice de pobreza multidimensional, en relación a parámetros tales como vivienda, hábitat y servicios básicos, educación, empleo y protección social y salud, arroja un resultado de 44,6% de la población en situación de pobreza multidimensional, medida al primer semestre de 2023. Si a ello se le adiciona el factor monetario,

11 Recordemos que el coeficiente de Gini es un indicador de la desigualdad en la distribución del ingreso que toma valores comprendidos entre 0 y 1. El valor 0 corresponde al caso de igualdad absoluta y el valor 1 el extremo contrario, en el cual una sola persona tendría el 100% del ingreso total.

> representado por la pobreza de ingresos, este valor se eleva al 54,4% de la población.[12]

Excedería el marco posible de esta contribución detenernos en mayores precisio nes en relación a este cuadro de situación,[13] siendo suficiente aquí –conforme, además, el objeto que nos hemos propuesto– marcar su existencia para examinar sus consecuencias y repercusiones en el ámbito jurídico y, más precisamente, en el campo del derecho penal.

Precisamente este tipo de situaciones de pobreza estructural le permiten a Gargarella (2011; 2012) postular la idea de alienación legal, con relación a quien "ha sido privado de ciertos derechos humanos básicos de modo sistemático, a lo largo del tiempo" (p. 124), quedando incluso bajo sospecha la legitimidad del sistema penal. Sostiene, asimismo, Gargarella que, en tales supuestos, ya no es posible

> ... presumir, como lo hacemos hoy, que el ejercicio del poder punitivo se justifica en todos los casos, tenemos que cambiar la presunción y obligar al Estado a que nos justifique por qué quiere hacer lo que viene haciendo, dado el contexto social que existe, y del que es directo responsable. Uno podría decir que, en tal contexto, la presunción debe invertirse hasta tanto el Estado no demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y visibles para cambiar la situación que hasta hoy mantiene y que comporta masivas y graves violaciones de derechos. (p. 128)

Con gran elocuencia, Ferrajoli (2013) refiere que el derecho penal[14] se ha transformado –de hecho– en el lugar de la "máxima desigualdad y discriminación" (p. 67), poniendo en evidencia una política criminal de doble vía: "un derecho penal mínimo y moderado para los ricos y los poderosos y un derecho máximo e inflexible para los pobres y marginados" (p. 67).

Hoy no está más de moda hablar de "justicia de clase". Aun así, hoy, como nunca, la justicia penal se volvió enormemente selectiva: sustancialmente imponente y fuertemente saboteada frente a la

12 Información extraída del Sistema de Información, Evaluación y Monitoreo de Programas Sociales (Siempro), disponible en: argentina.gob.ar/politicassociales/siempro.

13 Estas precisiones aparecen relevadas en Bonfiglio y Vera (2023).

14 Se refiere aquí específicamente al derecho penal italiano, pero no hay motivos para no reconocer estas características generales también en el derecho penal argentino.

criminalidad de los poderosos; muy poderosa y eficaz frente a la pequeña criminalidad de la calle y de subsistencia (Ferrajoli, 2008, p. 440).

5. La respuesta del sistema penal

Cabe preguntarse, entonces, cuál es la respuesta del sistema penal en aquellos casos en los cuales las personas se han visto privadas del acceso a bienes y servicios que permiten una socialización básica: escolarización, entorno familiar y social, salud y acceso al trabajo. Nos referimos a personas que –en general, por razones no imputables a ellos mismos–, se encuentran fuera de la protección social y del acceso a los derechos económicos, sociales y culturales.

Las obligaciones que pesan sobre los ciudadanos en su relación con el Estado –que en el ámbito del derecho penal adquieren el mayor rigor posible– requieren una contrapartida consistente en la garantía de los derechos fundamentales, no solo en sentido formal, sino también en el aseguramiento de las condiciones sociales, económicas y culturales que permitan dar contenido real al ejercicio de esos derechos.

Por supuesto que no sería aceptable que la dogmática penal adopte una causa general de justificación para quienes se encuentren dentro de grupos vulnerados y cometan actos violentos o delictivos en general (Ávila Santamaría, 2012; Cigüela Sola, 2015), ni tampoco se trata de un ámbito propicio de aplicación de una causa de exculpación en relación a delitos que han sido cometidos "por personas injustamente excluidas de los beneficios de vivir en sociedad" (Lorca Ferreccio, 2012, p. 199). En sentido general, también Gargarella (2012) rechaza la irresponsabilidad penal en estos supuestos.

Pero también es claro que un Estado que no satisface –mínimamente– el ejercicio de los derechos humanos en relación a vastos sectores de la sociedad no se encuentra plenamente legitimado para sancionar la infracción a sus normas, que precisamente recaen sobre aquellos sectores desventajados (Beade, 2017; Gargarella, 2012; 2016; Zaffaroni, 1986).

El reproche penal no se dirige sobre un ente ideal, sino sobre personas concretas, de lo que fácilmente se colige que resulta imprescindible tomar en cuenta la posición de sujeto en, al menos, un doble sentido:

a) el carácter marcadamente selectivo de la criminalización secundaria; y

b) su biografía personal, relevando, entre otros aspectos, su posición marginal, desventajosa, desprotegida, postergada, desamparada, desigual y carente en un sentido social amplio (nutricional, educativo, laboral, etc.).

Este análisis obliga a vincular la magnitud del reproche penal con las condiciones personales del sujeto:

> [N]inguna sociedad tiene una movilidad vertical tan libre que proporcione a todos sus miembros el mismo espacio social; el reproche de culpabilidad debe adecuarse en cada caso al espacio social que la persona ha tenido y, por consiguiente, la sociedad debe cargar con el resto que le fue negado (es coculpable en esa medida). (Zaffaroni *et al*., 2000, p. 626)

Es aquí donde debe ponerse en valor el concepto de igualdad constitucional, ya no desde una perspectiva meramente formal, sino principalmente sustancial o material.

En el acotado marco del derecho penal, pretendemos asignarle a esta idea un significativo cometido en orden a deslegitimar el reproche penal cuando el mismo se desinterese de las condiciones personales del sujeto en tanto sujeto en condiciones de vulneración de derechos fundamentales. Es claro que no es cometido del derecho penal ocuparse del amparo y la satisfacción de estas necesidades, pero el poder de la dogmática penal radica precisamente en hacerse cargo de estos datos, incorporarlos al discurso y relevarlos en sus sentencias –lo cual no es poco–.

El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos en escenarios sociales de desigualdad. Es, además, una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto en su formulación como en sus efectos. La imposición de obligaciones positivas tiene consecuencias muy importantes respecto al rol político o promocional del SIDH, pues impone a los Estados el deber de formular políticas para prevenir y reparar violaciones de derechos humanos que afectan a ciertos grupos o sectores postergados (Abramovich, 2009).

6. La respuesta dogmática: culpabilidad por vulnerabilidad

En el derecho penal argentino contamos con una herramienta sumamente útil para esta tarea, que puede ser considerada como una reglamentación del derecho constitucional a la igualdad de trato frente a la ley, con el alcance material que aquí hemos propuesto. Se ha mantenido de modo inalterado desde la sanción del Código Penal, hace más de 100 años, una fórmula sintética contenida en el art. 41, inc. 2, que reconoce una interesante genealogía liberal,[15] introducida por iniciativa del senador socialista Del Valle Iberlucea.

Expresamente, el art. 41, inc. 2, del Código Penal alude que, para determinar la pena, entre otros extremos, se tendrá en cuenta "la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos". Esta regla se mantiene, también con redacciones muy similares, en los dos proyectos de reforma del Código Penal de los últimos años,[16] lo que permite hablar de la existencia de un principio explícito en la dogmática penal argentina que ha superado las pulsiones reformistas de las últimas dos décadas.

Si, entonces, el principio constitucional de igualdad es entendido ya no solo como principio formal limitado a impedir la discriminación arbitraria, sino que también incorpora datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión de derechos de personas sometidas al proceso penal, resulta una consecuencia del mismo que estas condiciones sean tenidas en cuenta –al menos– al momento de fijar la pena, si no ha existido en el caso una causa de atipicidad, justificación o exculpación que directamente descarte la aplicación de aquella.

El principio de igualdad constitucional brinda un fundamento significativo al criterio de coculpabilidad penal en tanto pretende,

15 La idea tiene varios siglos de vigencia en tanto reconoce como antecedente el concepto de coculpabilidad, inspirado en las ideas de Jean Paul Marat (siglo XVIII) y recuperadas por el juez Magnaud en sus sentencias, ya a finales del siglo XIX.

16 El art. 19 del Anteproyecto de Código Penal (2014) sostiene: "Por regla general, serán circunstancias atenuantes (...) c) Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos. Asimismo, el art. 40 del otro Anteproyecto de Código Penal (2019) afirma: "Serán evaluadas como circunstancias particulares de atenuación: 1°) La concurrencia incompleta de alguna causal de exención de pena, en especial la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos".

precisamente, incorporar el fenómeno de vulneración de derechos económicos, sociales y culturales al discurso dogmático en el ámbito de la responsabilidad punitiva.

No hay Estado que organice las instituciones de modo que garanticen las mismas posibilidades de realización a todos los habitantes y, por fuerza, esta disparidad condiciona ámbitos de autodeterminación que son diferentes. El Estado no puede formular un reproche jurídico haciendo caso omiso de estas diferencias, pasando por alto las limitaciones a la autodeterminación socialmente condicionadas, porque caería en una ficción de intolerable crueldad: la del Estado perfecto, capaz de realizar una distribución igualitaria de los espacios sociales (Zaffaroni *et al.*, 2000).

La culpabilidad consiste en la atribución del injusto penal a su autor, lo que se realiza –siguiendo la opinión de Zaffaroni *et al.* (2000)– en dos momentos: en primer lugar, mediante la noción de culpabilidad por el acto, con fundamento en la autodeterminación del sujeto, lo que habilita al derecho a reprochar el injusto penal al autor; y en segundo lugar, la de culpabilidad por vulnerabilidad,[17] que toma en cuenta la selectividad del sistema penal y, consecuentemente, aquel reproche inicial del injusto deberá limitarse al "esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad" (Zaffaroni *et al.*, 2000, p. 623). De la síntesis de ambas surge la culpabilidad normativa como magnitud definitiva del reproche penal.

El concepto de culpabilidad por vulnerabilidad requiere el empleo de dos niveles de análisis. Por una parte, el estado de vulnerabilidad del sujeto que será tanto más alto según la adecuación de sus condiciones personales y vitales con el estereotipo negativo que lo expone a la selectividad del sistema penal; mientras que, en el margen contrario, quien encuadra en un estereotipo positivo[18] estará mucho menos expuesto a la criminalización secundaria, incluso

17 La noción ha sido seguida también por otros doctrinarios en nuestro país (Binder, 2004; Rafecas, 2021; Rusconi, 2009), aunque con diferente alcance dogmático.

18 Refiere Ávila Santamaría (2012) a los mejor situados como aquellas personas que "tienen poder o están cerca de él, tienen satisfechas sus necesidades básicas e incluso suntuarias. Estos no se pueden imaginar la situación de los peor situados y por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación con los segundos (...) Los mejor situados no se visualizan como personas que pueden estar dentro del sistema penal" (p. 73).

cometiendo conductas de igual o mayor ilicitud, y entonces tendrá un muy bajo estado de vulnerabilidad.

El segundo nivel o umbral viene definido por la situación concreta de vulnerabilidad, el cual aparece representado por el esfuerzo personal que el sujeto debió realizar para resultar efectivamente atrapado por el poder punitivo.

El extremo de menor culpabilidad estaría dado por un alto estado de vulnerabilidad acompañado por un escasísimo esfuerzo por alcanzar la situación concreta, y en el extremo opuesto se verifica el menor número de casos, en el que personas que encuadran en tipicidades sociales positivas y que incluso desempeñan roles de poder significativo –es decir, que parten de un bajísimo o casi nulo estado de vulnerabilidad–, caen en situaciones de alta vulnerabilidad. En tales supuestos, y por regla general, el esfuerzo personal por la vulnerabilidad es muy alto (pues de otro modo no se explica que puedan haber alcanzado esa situación concreta), lo que impide cualquier reducción de la cuantía penal indicada por la culpabilidad de acto. Se trata de supuestos en que, por alguna circunstancia, se opera una pérdida de cobertura propia de la dinámica del poder político o económico (Zaffaroni *et al.*, 2000).

7. Breve conclusión

El reproche penal, que se consolida en la determinación judicial de la pena sobre una persona que ha sido declarada culpable de un delito, no podrá sobrepasar su culpabilidad por el acto, como concreta manifestación del principio de proporcionalidad en materia penal. Pero, además, deberá limitarse conforme al esfuerzo personal que haya realizado a partir de su estado de vulnerabilidad para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. Este será el único reproche jurídico que –constitucionalmente– cabrá realizarle.

Este modelo teórico permite trasladar a la dogmática penal –especialmente en el momento de la determinación judicial de la pena– el principio constitucional de igualdad en el sentido material que aquí hemos explicitado.

8. Referencias bibliográficas

Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6(11), pp. 7-39. corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf

Ávila Santamarina, R. (2012). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. En R. Gargarella (Coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales* (pp. 45-97). Miño y Dávila, Editores.

Beade, G. (2017). *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*. Ed. Universidad de Palermo.

Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Ad-Hoc.

Bonfiglio, J. I.; Vera, J. y Salvia, A. (Coords.). (2024). *Privaciones sociales y desigualdades estructurales. Condiciones materiales de los hogares en un escenario de estancamiento económico (2010-2022)*. Documento Estadístico – Barómetro de la Deuda Social Argentina. Educa. repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16510

Borinsky, M. (Coord). (2019). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*. pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/47285-anteproyecto-nuevo-codigo-penal-comision-mariano-borinsky

Cigüela Sola, J. (2015). Derecho Penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido. *Revista Isonomía*, (43), pp. 129-150. scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a6.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva 18/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación

(Decreto PEN 678/12). (2014). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*. Ediciones SAIJ.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta.

----------. (2008). Derecho Penal y Estado de Derecho. *Nueva Doctrina Penal 2008/B*. Hammurabi.

----------. (2013). El populismo penal en la sociedad del miedo. En E. R. Zaffaroni; S. G. Torres; L. Ferrajoli y R. A. Basilico, *La emergencia del miedo*. Ediar.

Gargarella, R. (2011). El derecho y el castigo: De la injusticia penal a la justicia social. *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, (25), pp. 37-57.

----------. (2012). Injusticia penal, justicia social. En R. Gargarella (Coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*. Miño y Dávila Editores.

----------. (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo XXI.

Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Tomo I-Artículos 1 a 43-*. La ley.

Instituto Nacional de Estadística y Censos [Indec]. (2023). Encuesta Permanente de Hogares. https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_03_2442F61D046F.pdf

Lorca Ferreccio, R. (2012). Pobreza y responsabilidad penal. En R. Gargarella (Coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*. Miño y Dávila Editores.

Pelletier Quiñones, P. (2014). La "discriminación estructural" en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 60, pp. 205-215. corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf

Rafecas, D. (2021). *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Ediciones Didot.

Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (2° ed.). Ad-Hoc.

Saba, R. (2005). (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidades*, (11), pp. 123-147. derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17057/17779

----------. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Siglo XXI.

Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena del Ministerio de Justicia. (2022). *Informe anual 2022*. saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2022/InformeSNEEPARGENTINA2022.pdf

Zaffaroni, E. R. (1986). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Depalma.

Zaffaroni, E. R.; Alagia A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

9. Referencia jurisprudencial

CSJN, "Causa González de Delgado Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ amparo", 19/09/2000, Fallos: 323:2659.