

LA INCIDENCIA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD EN LA POLÍTICA CRIMINAL ARGENTINA*

Sandra Rafaela Tabera

1. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que la política criminal se nutre de la dogmática penal para elaborar y dotar de racionalidad la respuesta jurídico-estatal frente al conflicto social calificado como delito, resulta de interés analizar cómo incide el concepto de culpabilidad propuesto por Zaffaroni, Alagia y Slokar en la política criminal de nuestro país, sobre todo cuando hasta su aparición sólo existían construcciones elaboradas en el viejo continente.

En Argentina, y sumergidos en esa idea revisionista Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar elaboraron el concepto de culpabilidad por vulnerabilidad, al que presentan como un paso superador de la culpabilidad como reproche ético, toda vez que si bien la conservan en su síntesis le incorporan el dato de la selectividad y el reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad como la esencia misma de una culpabilidad reductora.

Este modelo que esbozaron los juristas argentinos se inscribe en la antes citada corriente doctrinal que define una culpabilidad de índole social, y si bien –a tres décadas desde sus primeros esbozos– se han generado algunos debates, lo cierto es que no se ha discutido acerca de los eventuales efectos que podría tener en la práctica.

2. POLÍTICA CRIMINAL. CONCEPTO. SU VINCULACIÓN CON LA DOGMÁTICA PENAL

En relación a la política criminal, no existe un concepto unívoco, pero puede decirse que todas las definiciones parten de una misma premisa: es una política estatal, y como tal organiza lo público. Esta rama de la política, concretamente organiza la violencia estatal – que, como señala Binder (2010, 214), constituye el núcleo fáctico del poder punitivo– para hacer frente al fenómeno criminal.

En esa línea, el citado autor señala que la política criminal es “...el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad” (Binder 1999, 45). Es decir, que toda decisión que califica una determinada conducta o comportamiento como delito, a la que, a su vez le impone una sanción o castigo, es de índole política. Esto demuestra que existe una inexorable situación de prevalencia o de poder ejercida por el estado en nombre de la colectividad sobre el sancionado.

* Cítese como: Tabera, S.R. (2023). La incidencia del concepto de culpabilidad por vulnerabilidad en la política criminal argentina. Estudios sobre Jurisprudencia, 42-81.

Claramente, ese poder penal no puede ser ni ilimitado ni absoluto, sino que debe encontrar un equilibrio determinado por la necesidad estatal de proteger al individuo y a la sociedad frente al delito sin violar los derechos fundamentales del sujeto infractor o presunto infractor.

En ese contexto, y habiendo quedado expuesto que la intervención del Estado afecta y lesiona derechos fundamentales, es indudable que la noción de culpabilidad cumple un papel sumamente importante como límite al *ius puniendi*, siendo necesario determinar qué es la culpabilidad y cuál ha sido su evolución en la dogmática penal.

3. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

3.1. Consideraciones previas en torno a la noción de culpabilidad

Una primera aproximación al tema de la culpabilidad nos exige delinear y precisar algunos términos, ya que de ella se habla en varios sentidos, lo que puede generar confusiones.

Con esta noción –que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*– podemos referirnos al principio de culpabilidad, al elemento del sistema del delito y a la fundamentación legitimante de la reacción punitiva estatal.

La culpabilidad como principio se encuentra expresado en el axioma “No hay pena sin culpa” y supone que la pena sólo puede estar basada en la constatación judicial de que el hecho puede reprocharse personalmente al autor. De dicho principio resulta, por un lado, que la pena requiera indispensablemente la existencia de culpabilidad, de manera que quien actúa sin culpabilidad resulta impune y, por otro lado, que la pena no deba resultar desproporcionada en relación con la culpabilidad (Jescheck 1995, 25).

Encuentra fundamento no sólo en los principios generales del Estado de Derecho sino además específicamente en la obligación de respetar la dignidad humana (Jackobs 1997, 365), pues sólo así se puede impedir que la persona se constituya en un instrumento para alcanzar fines preventivos o para justificar la defensa social. Es por ello que se le asigna rango constitucional, a pesar de no encontrarse expresamente mencionado en el texto constitucional.

En nuestra Constitución Nacional, este principio se desprende de distintos arts. como ser: Art. 1 y 33 (que se refiere a la forma de gobierno), Art. 18 (principio de legalidad e inocencia), Art. 19¹ (principio de autonomía - libertad) y el Art. 75 inc. 22 (principio de

¹ “El principio *nulla poena sine culpa* ha adquirido categoría constitucional en virtud de la garantía para la libertad civil que significa la cláusula del artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Tanto la obligación como la prohibición excluyen la responsabilidad fundada subjetivamente” (Núñez 1999, 186).

supralegalidad de los tratados internacionales), el cual incorporó ciertos tratados sobre derechos humanos donde se reconoce la dignidad de la persona humana (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 14, inc. 2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Como elemento del sistema del delito, la culpabilidad es una construcción dogmática cuyo análisis está subordinado a la previa comprobación de un injusto –acción típica y anti-jurídica– y que consiste en un juicio personal de reproche.

La culpabilidad –como estrato del delito– puede definirse desde un punto de vista formal o desde un punto de vista material.

Por culpabilidad formal se entiende al conjunto de exigencias previstas en el ordenamiento jurídico para concretar la imputación subjetiva, es decir poder establecer la relación interna del autor con el hecho cometido. Algunas exigencias están relacionadas con el fuero interno del autor (como la inexistencia de un error), y otras tienen vinculación con circunstancias externas, ya que están asociadas al contexto en que el comportamiento fue realizado (como el estado de necesidad) (Righi 2003, 20). Se denomina así porque no somete a discusión su fundamento material.

En la culpabilidad desde un punto de vista material, en cambio, vamos a encontrar los fundamentos que buscan legitimar –y a su vez limitar– la reacción punitiva estatal, los que van a estar ligados a una determinada concepción de la pena.

Esta noción de culpabilidad, tiene la particularidad de no estar contemplada en forma expresa, razón por la cual es considerada un presupuesto tácito (Conf. Kindhäuser 2003, 20).

Su contenido material surge desde diversas teorías justificadoras tendientes a legitimar la imposición de la pena y puede ser estructurado de acuerdo con las exigencias de la ética (Arthur Kauffmann) o de seguridad pública (Liszt/Schmidt), conforme a la particularidad de control de los impulsos por la persona (Welzel), o al fin de la pena (Roxin), en este último caso particularmente en relación con la prevención general (Jakobs) y la observancia del bien jurídico protegido (Jescheck & Weigend 2002, 453).

La culpabilidad material, como podemos observar contiene la tercera acepción a la que hice referencia al comienzo –culpabilidad como fundamentación legitimante de la reacción punitiva estatal–, quedando así expuesta la interrelación que existe entre los distintos sentidos con los que se utiliza este vocablo.

Por último, es necesario aclarar que es en este último aspecto donde no hay un punto de

acuerdo, constituyéndose en el objeto central de discusión que propició la crisis de esta categoría.

3.2. El concepto de culpabilidad en la dogmática penal

Durante años, la doctrina penal de nuestro medio, adaptó el concepto de culpabilidad – con singular atraso– a los modelos desarrollados en Europa Continental y más específicamente de la doctrina alemana, lo que pone de manifiesto que la ciencia jurídico penal no tiene carácter nacional.

Ello motiva la necesidad de conocer la evolución dogmática formulada en la doctrina europea del citado concepto, y su recepción en Argentina.

3.2.1. Concepto psicológico de culpabilidad. El Modelo de Von Liszt y Beling

En la segunda mitad del Siglo XIX, el modelo de Liszt –estrechamente ligado al positivismo– desarrolló la teoría psicológica de la culpabilidad en un escenario en el que la teoría del libre albedrío estaba en decadencia. Conforme a ella la culpabilidad es la relación psicológica entre el autor y su hecho. Su afirmación importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito (Bacigalupo 1999, 421).

Esa relación psicológica admitía dos modalidades: voluntaria (dolo) o involuntaria (culpa). Dolo y culpa son dos formas de ser culpables (Erbeta 2006, 44) y presuponen la imputabilidad (capacidad de ser culpable) del autor.

Así para esta teoría, la culpabilidad se reduce a lo interno y representa al aspecto subjetivo del delito, pero carece de toda valoración –esto es de todo contenido de desobediencia a la norma–, dando lugar a un concepto formal (Fernández 2004, 190).

Las críticas que mereció el psicologismo y que más tarde motivaron su abandono, estuvieron vinculadas a sus propias incongruencias internas. En efecto, no logró explicar la culpa inconsciente, donde se admite la existencia de culpabilidad a pesar de la ausencia de toda vinculación psicológica del hecho con el autor, y a contrario sensu tampoco logró fundamentar aquellos casos en los que se excluye la culpabilidad del autor a pesar de concurrir una relación psicológica –el autor ha querido la realización del hecho típico y antijurídico– pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (por ejemplo, estado de necesidad disculpante) (Bacigalupo 1999, 421).

Este modelo que acusó vigencia en Alemania hasta el año 1900 aproximadamente, y que estuvo caracterizado por una construcción bipolar, al plantear una teoría del delito en función de la teoría de la retribución y por tanto divorciada de su teoría de la pena dominada por una concepción preventiva-especial, fue el que inspiró la primera edición de “Derecho Penal Argentino” de Sebastián Soler en el año 1940. Dicha obra representó un

cambio paradigmático en nuestro país, pues a partir de ella se fue abandonando el positivismo peligrosista italiano –hasta ese momento dominante– y a la vez se fue incorporando la dogmática penal alemana a la literatura penal argentina (Zaffaroni & Croxatto 2014, 199), sin dejar lugar a la política criminal.

Al igual que Liszt, el autor argentino predicó una noción del delito regida por criterios de un derecho penal de acción, pero en el ámbito del sistema de reacciones penales abandona tal criterio, al entender que la cantidad de pena debía adecuarse a la peligrosidad del autor, con lo que termina coincidiendo con el positivismo criminológico italiano –al que fue un férreo opositor– en uno de los temas más sensibles del sistema penal. Para Righi, probablemente ello se deba a que Soler se haya considerado vinculado a la regla que le pareció dominante en el texto del art. 41 del Código Penal (Righi 2001, 7- 82).

3.2.2. Concepto normativista de culpabilidad. El modelo Neokantiano

A comienzos del siglo XX, surge una nueva orientación de inspiración neokantiana que introduce elementos normativos o valorativos a la teoría del delito y que a partir de las objeciones formuladas a la teoría psicológica da origen a una teoría normativa de la culpabilidad.

Esta teoría fue esbozada en primer lugar por Frank en 1907, para quien la culpabilidad es un juicio de valor que tiene por objeto una situación psíquica y que encuentra apoyo en un deber normativo (Jescheck & Weigend 2002, 451). Su idea se sintetiza en la fórmula: “La culpabilidad es reprochabilidad”, una conducta culpable es una conducta reprochable.

Para el citado autor, la culpabilidad estaba integrada por tres elementos de igual rango y cuya concurrencia permitiría afirmar que un comportamiento antijurídico es reprochable al autor: 1. normalidad mental o capacidad de imputación, 2. una concreta relación psíquica con respecto al hecho o al menos la posibilidad de tenerla (dolo o culpa) y 3. que haya obrado en circunstancias normales, es decir sin haber estado bajo presión por concurrir una situación característica de una causa de inculpabilidad (Roxin 1997, 796). En consecuencia, el dolo y la culpa –la relación psicológica–, siguen estando en la culpabilidad, pero ya no como formas de ser culpable sino como elementos que se deben verificar al formular el juicio de reproche.

En 1913, Goldschmidt asocia la idea de reprochabilidad a que el sujeto haya podido o no motivarse por la representación del deber jurídico. Finalmente, en 1922 Freudenthal incorpora como fundamento del reproche a la exigibilidad, de manera tal que puede reprocharse en la medida que le sea exigible a la persona haberse comportado de otro modo. El reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta es lo que dio fundamento a las causas de exclusión de la culpabilidad.

Para autores como Maurach y Zipf, se trata de un “concepto complejo de culpabilidad” ya que comprende conjuntamente elementos psíquicos y valorativos (Roxin 1997, 797).

En este estrato de la teoría del delito, se elaboró un concepto mensurable que permitía medir la pena, pues dentro del conjunto de los comportamientos culpables, algunos merecen mayor y otros, menor reproche. Por ejemplo –nos dice Righi–, se puede aseverar que es más culpable quien obró con premeditación, pues teniendo más posibilidades de motivarse por cumplir la norma, optó por su violación; en igual sentido, si es necesario individualizar la pena respecto de dos autores de un delito culposo, se puede formular un menor reproche a quien por no haberse representado un resultado, tuvo menos posibilidades de adecuar su conducta conforme a derecho (Righi 2001, 89).

Es dable señalar que la sistemática neokantiana se caracterizó por buscar pautas de justicia en la solución del caso, lo que implicó el abandono de la bipolaridad –característica del naturalismo– y una vinculación más estrecha a la teoría retributiva de la pena.

El modelo neokantiano llega a nuestro medio de la mano de Luis Jiménez de Azúa, pero no generó grandes cambios en el derecho penal argentino desde que ese sistema se limitó a formular adaptaciones al ya formulado por Liszt y Beling. Entre las obras locales que se vieron influenciadas por los lineamientos de esta escuela y que postularon una culpabilidad normativa se encuentran las de Ricardo Núñez y de Carlos Fontan Balestra, a los que sin embargo se les reprocha que hayan mantenido la idea de que la peligrosidad determinaba la medida de la pena (Righi 2001, 90).

3.2.3. Concepto finalista de culpabilidad. El modelo de Welzel

Con la irrupción del finalismo en la década del 30, el concepto normativo de culpabilidad, fue objeto de una profunda modificación adicional.

Su máximo exponente fue Hans Welzel (1904-1977), quien fijó como estructura lógico-objetiva absolutamente fundamental para el derecho penal a la acción humana a la que define como “ejercicio de la actividad finalista”. En ese sentido, considera que la finalidad se basa en que “...el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos...” (Welzel 1956, 39).

A partir de este concepto final de acción se derivaron numerosas consecuencias. En efecto, si la acción reconoce ahora a la voluntad y todo su contenido, ya no basta con que el tipo describa un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que debe incluir también la estructura final de esa acción (el contenido de la voluntad), lo que implicó el reconocimiento de un tipo complejo, de estructura objetiva y subjetiva al mismo tiempo y el consecuente traslado del dolo y la culpa al ámbito del tipo.

Al completarse de este modo el tipo, el finalismo generó una reformulación de la concepción normativa de culpabilidad, ya que, al depurarla de los elementos del concepto psicológico, pudo establecer más claramente los presupuestos de la reprochabilidad (Schünemann 1995, 55), obteniendo incluso consecuencias más coherentes en torno al error de prohibición en el marco de la teoría de la estricta culpabilidad².

Para Welzel la culpabilidad es “la reprochabilidad de la formación de la voluntad” (Welzel 1956, 152). Ello está íntimamente vinculado con la idea de que la responsabilidad encuentra su fundamento en la libertad del ser humano, entendida ésta como libertad de voluntad, lo que implica la capacidad del hombre de determinar su voluntad –y a través de ello, su conducta– conforme a sentido y motivarse de acuerdo a la norma.

A partir de ello, podemos afirmar que la culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor por no haber omitido la acción antijurídica, cuando podía y debía hacerlo –siguiendo la norma–. En esa lógica, un sujeto que realizó un ilícito será culpable si podía motivarse por la norma, es decir si podía “obrar de otra manera” y no lo hizo.

Este nivel sistemático, para el modelo finalista, se integra entonces con: a) un presupuesto existencial: la imputabilidad, es decir la capacidad de autodeterminación libre; b) un elemento intelectual: la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y; c) un elemento volitivo: la exigibilidad de una conducta conforme a la norma, es decir la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad (Fernández 2004, 198-199).

Con Welzel asistimos a una revalorización de la teoría retributiva, y con ella a la adopción de un modelo en el que la culpabilidad no sólo era presupuesto, sino también fundamento y medida de la pena. El autor alemán entiende que “...la culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho...”. Se trata de un concepto valorativo –juicio de reproche– negativo –cualidad negativa de la acción misma del autor– y por tanto graduable. La culpabilidad puede ser mayor o menor, según lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla (Welzel 2004, 127).

A pesar de su aceptación, esta concepción fue objeto de severas críticas que partían del argumento de la indemostrabilidad del libre albedrío. Pero al margen de la polémica entre el libre albedrío y el determinismo, esta teoría pierde fuerza cuando en 1963, Karl Engisch considera que no es empíricamente demostrable que una persona en una situación concreta hubiera podido actuar de otro modo a como lo hizo, porque es imposible colocar a la misma persona en idéntica situación a la que actuó (Fernández 2004, 200).

A partir de esa objeción, se desata una crisis no sólo en relación a la idea de culpabilidad

² El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación es un error de prohibición que deja subsistente el dolo, constituyendo una causa de exclusión de la culpabilidad tan sólo en los casos de invencibilidad.

sino también en relación a la pena.

El finalismo llega al derecho penal argentino 30 años más tarde, debido a que el contacto directo con los autores alemanes hasta la década del 60 era muy escaso y difícil. En la difusión de este modelo, revistió trascendental importancia las “Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino” de la Universidad de Belgrano en 1971 que convocó a autores como Welzel, Baumann, Roxin y Kaufmann, ya que impulsó a jóvenes penalistas argentinos –entre ellos Bacigalupo y Zaffaroni– a trabajar en esa nueva línea (Zaffaroni & Croxatto 2014, 201).

Su recepción en nuestro medio no fue pacífica ya que, al producir una mutación integral del sistema incompatible con nuestro derecho positivo, los autores argentinos se oponían a su incorporación. Concretamente, la discusión argentina se centraba en general en la posición del dolo (tipo o culpabilidad), en su naturaleza (si abarcaba o no la conciencia de antijuridicidad), en sus efectos sobre la teoría del error (unitaria o diferenciada) y en la omisión.

3.2.4. Concepto funcionalista de culpabilidad

En los años sesenta, comienza una crisis que estuvo vinculada –por un lado– a la legitimación del derecho penal, produciéndose un quiebre a partir del rechazo por muchos sectores de la idea de un derecho penal retributivo, esto es justificado por la realización de la justicia, y –por otro lado–, a la dogmática abstracta y aislada del devenir social (Silva Sánchez 1992, 14-15), pues se consideraba que el derecho penal no puede subsistir encerrado en un sistema conceptualmente perfecto pero ajeno a consideraciones de carácter político criminal.

Dicha crisis, generó importantes transformaciones en el derecho penal que incidieron en la revisión del concepto de culpabilidad, y que Gonzalo D. Fernández resume en cuatro:

1. Se inaugura un enfoque socio-político sobre el derecho de castigar, contextualizando la pena pública.
2. Se introduce el pensamiento teleológico en el derecho penal, que según Hassemer, reniega de las abstracciones semánticas, de los postulados cuasi metafóricos y trabaja en pos de un Derecho penal orientado a fines y consecuencias.
3. Entre derecho penal y política criminal se produce un estrecho acercamiento, dando lugar a una ciencia penal integrada.
4. Se produce también, el auge de las teorías preventivas de la pena y el abandono de las antiguas teorías absolutas de la retribución. Dichas corrientes fueron plasmadas en el Proyecto Alternativo de Código Alemán de 1966, donde un grupo de profesores disiden-

tes apuesta a una definición preventiva de pena al decir que el fenómeno punitivo no se vincula a cuestiones metafísicas, sino que traduce una “amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres”. Con ello asistimos a lo que se conoce como “la despedida de Kant y Hegel” y a la “vuelta a Von Liszt” (Fernández 1997, 228-230).

a. El modelo de Roxin. Funcionalismo teleológico o moderado

En ese contexto, a comienzos de los años setenta –década de signo abiertamente ecléctico en lo relativo a los fines del derecho penal–, emerge la figura de Claus Roxin, quien propugna un sistema teleológico (Roxin 1997, 807)³ –funcional, el que, si bien no alteró las categorías tradicionales de la teoría del delito, postuló que las mismas se deben sistematizar y desarrollar ya no siguiendo criterios ontológicos (causalidad-finalidad) sino bajo el prisma de su función político criminal.

A partir de este enfoque metodológico, el catedrático redefine el tercer estrato del sistema como “responsabilidad” la que depende de dos datos: la culpabilidad del sujeto como reprochabilidad (posibilidad de actuar conforme a derecho) y la necesidad preventiva de sanción penal o merecimiento de pena. Para esta concepción, si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su imposición sólo con la culpabilidad del autor, sino que también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo.

Roxin define a la culpabilidad como “la actuación injusta del sujeto pese a la existencia de asequibilidad normativa”. Es decir, que un “sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto pese a que todavía le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho...” (Roxin 1997, 792).

Entiende que la culpabilidad es un dato mixto: empírico-normativo. Lo empíricamente demostrable es la capacidad general de autoconducción y la asequibilidad normativa que con ella se produce. A partir de ese dato empírico, se atribuye normativamente al sujeto la posibilidad de comportarse conforme a derecho (Roxin 1997, 810).

Entonces, y para superar el hecho de que la libertad de voluntad es indemostrable empíricamente, el autor recurre a una suposición normativa de libertad, la que denomina: “asequibilidad normativa”. Esto es un postulado que obliga a tratar a los ciudadanos como libres y capaces de decidir sus actos en forma autónoma y responsable (Fernández 2004, 207).

Esta nueva idea de culpabilidad se desvincula de las causas de inculpabilidad y de exclu-

³ Alejándose del razonamiento lógico-objetivo del finalismo.

sión de la culpabilidad, las que según esta concepción pueden ser mejor explicadas por la falta de necesidad de prevención, que desde el punto de vista de la falta de culpabilidad en el sentido tradicional (Roxin 1981, 77).

b. El modelo de Jakobs. Funcionalismo sistémico o radical

Ya en los años 80, con Günther Jakobs nace una nueva orientación del sistema del Derecho Penal, lo que implicó la importación de la teoría de los sistemas desde la sociología a la teoría del delito.

Este autor, considera que la misión del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino el mantenimiento y confirmación de la vigencia de la norma, y ello lleva a una renormativización de los conceptos, siendo en la culpabilidad donde dicha renormativización tuvo una mayor repercusión (Vallejo 1999, 122-124).

Únicamente la finalidad otorga contenido al concepto de culpabilidad. Así, el concepto que elabora Jakobs, sólo tiene sentido en la medida que se construya desde los fines y funciones que el derecho penal tiene en la sociedad, por ende, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo a las necesidades sociales de prevención general (estabilización de la confianza y fidelidad en el derecho). En base a ello, se puede decir que su concepto es funcional.

La culpabilidad es definida por este autor como responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, lo que supone una falta de fidelidad al derecho. Pero esa responsabilidad será imputada al sujeto siempre que el mismo sea competente para poner en cuestión la validez de la norma, es decir que sea imputable (Fernández 2004, 204). Ahora bien, si es incapaz no es responsable del déficit de motivación.

En relación a este último aspecto, considera que este estrato separa el sentido de la naturaleza, sociedad y entorno de la sociedad –o lo que es lo mismo la contraposición persona en derecho y no persona en derecho– a partir de lo cual delimita la cuestión vinculada a la competencia. Sobre ello explica que, o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza. En consecuencia, el comportamiento defraudador de quien no es capaz de culpabilidad –un enfermo psíquico, un niño– no produce una contradicción competente de la norma, sino que es un hecho de la naturaleza, carente de sentido y por ende no da lugar a reacción penal alguna (Jakobs 2004, 93).

Por añadidura, si el núcleo de la cuestión radica en que el Derecho Penal va a contradecir toda expresión de sentido que manifieste que la norma carece de validez, el rol cuya observación garantiza es el de ciudadano fiel al derecho, es decir, el de la persona en dere-

cho. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado –señala Jakobs– se pueden tomar en consideración los datos ajenos al mismo. Así sucede, por ejemplo, con la posición –en principio favorable al derecho– del portador del rol cuando existe un error sobre la norma, un estado de necesidad disculpante, un exceso en la legítima defensa, etc.– (Jakobs 1996, 65-67). Se trata de conflictos poco frecuentes, que pueden ser reelaborados sin recurrir a la pena, y sin que se plantee la necesidad de estabilizar la confianza en el ordenamiento.

Es innegable la influencia que la teoría de Jakobs ha logrado en nuestra ciencia penal, aunque también ha generado numerosas reacciones en contra.

4. LA PROPUESTA LOCAL: EL SISTEMA FUNCIONAL REDUCTOR

Llegamos así a la propuesta teórica de Raúl Eugenio Zaffaroni y sus colaboradores: Alejandro Alagia y Alejandro Slokar.

Previo a introducirnos en ella, es importante resaltar que el principal autor de dicha propuesta es Zaffaroni, el que vive en Iberoamérica, piensa como iberoamericano y escribe como tal. Ello nos da la pauta de que su trabajo se centra en los problemas de toda índole con que nos desafían las peculiares circunstancias de nuestro entorno al que denomina “margen” –en razón de la posición periférica de los países de América Latina con relación al poder planetario, en cuyo vértice se encuentran los “países centrales” (Estados Unidos y Europa)–.

Los datos sociales concretos y reales relevados se constituirán luego en la base tanto de la teoría de la pena como de la teoría del delito, dejando de lado un modelo meramente abstracto-deductivo de estudio y descripción del Derecho Penal, esto es puramente teórico, aséptico y alejado de la operatividad del sistema penal, para adoptar un nuevo paradigma que acople la realidad.

Un primer esbozo de los postulados de su teoría, lo podemos encontrar en su trabajo: “En busca de las penas perdidas” de 1989, que nace a partir del contacto que tuvo el autor con las ideas de Alessandro Baratta. Ha sido considerada una de las obras más emblemáticas dado que en ella Zaffaroni expone los motivos que lo llevan a dejar de seguir las concepciones clásicas de la dogmática penal que durante años desarrolló tanto en su Manual como en su Tratado de Derecho Penal –los que luego modificó– proponiendo un replanteo del discurso jurídico penal. Es decir, que marcó un antes y un después en su línea de pensamiento que se caracterizaba por ser de corte finalista.

En 1993, presenta un nuevo ensayo que tituló “Hacia un realismo jurídico penal marginal”, al que catalogó como una tentativa de lo que sería su propuesta final, anticipando que con ella procura la renovación de la dogmática penal desde la deslegitimación del sistema penal, orientada instrumentalmente hacia la limitación y reducción de su ámbito

y violencia, en camino a una utopía abolicionista del sistema penal (Zaffaroni 1993, 15).

De esta manera fue delineando un discurso teórico comprometido con la realidad de los países latinoamericanos y con la necesidad de reducir el carácter selectivo e irracional del sistema penal y del ejercicio del poder punitivo.

4.1. La deslegitimación del poder punitivo. Teoría agnóstica de la pena

Conforme quedo expuesto, para los modelos tradicionales los elementos del sistema de la teoría del delito se encuentran íntimamente ligados a la teoría de la pena –o lo que es lo mismo a la función que se le asigne a la pena–, puesto que la concurrencia de los primeros legitima el castigo. Sin embargo, en la propuesta de los autores argentinos esto cambia radicalmente ya que buscan independizar el sistema de la teoría del delito de los fines de la pena.

Para ello, dejan de lado las posiciones clásicas de la pena tanto de las teorías absolutas como relativas, y asumen que la pena no tiene una finalidad en sí misma, o al menos ésta no es conocida.

En efecto, y partiendo del fracaso de todas las teorías positivas –por la probada ineficacia de las funciones que las sustentan, ya que en nuestra realidad marginal no son capaces de resocializar a los infractores ni de evitar que los delitos ocurran–, elaboran un concepto de pena negativo, básicamente porque no cumple ninguna función positiva y además se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo) y a su vez, agnóstico en cuanto a su función, porque –como se dijo– parten de su desconocimiento (Zaffaroni, Alagia & Slokar 2002, 46).

Sobre esta base, consideran que lo adecuado sería buscar el concepto de pena para delimitar el universo del derecho penal por un camino diferente de sus funciones, para lo cual es necesario valerse de datos ónticos, es decir datos de la realidad. Construyen así un concepto según el cual “...la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes...” (Zaffaroni et al 2002, 45).

Con este concepto negativo y agnóstico, la pena queda reducida a un mero acto de poder –que siempre es irracional, porque supone violencia y su ejercicio implica un cierto grado de violación de principios constitucionales e internacionales–, que sólo tiene explicación política y que no está legitimado. Afirman que la pena es extrajurídica y que tiene semejanza con la guerra en cuanto se trata de un ejercicio de poder no legitimado, donde los juristas cumplen el rol de la Cruz Roja porque sólo pueden contener y limitar, pero no eliminar esa violencia irracional (Zaffaroni et al 2002, 52).

Por otro lado, se alejan del modelo sistémico de sociedad y asumen una perspectiva con-

flictivista de la misma, esto es una sociedad integrada por grupos cuyos intereses no coinciden, sino que colisionan y compiten generando un permanente conflicto, lo que da lugar a un proceso de cambio continuo. En un modelo de estas características el poder punitivo no tiene signo positivo porque interviene en la conflictividad social siempre del lado del más fuerte (Zaffaroni et al 2002, 5).

En este marco, es que consideran necesario asignarle al derecho penal la función política de dique colocado por el estado de derecho para contener y reducir el ejercicio irracional de ese poder punitivo deslegitimado. “Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas (legislativas), y por ende desaparecería el estado de derecho y la Republica misma” (Zaffaroni et al 2002, 388). Este objetivo político, dicen, no es un invento antojadizo, sino que se trata de una clara inferencia de los principios limitativos del poder punitivo que están consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos (Zaffaroni, Alagia & Slokar 2005, 76).

Ahora bien, aunado a ello consideran que la construcción conceptual del delito debe llevarse a cabo como un sistema orientado por aquella idea rectora de limitar y reducir el poder punitivo y sin necesidad de legitimarlo.

Esta perspectiva teórica es definida por los autores como “funcionalismo reductor”. Es funcional porque, el derecho penal tiene una función política, y es reductora, porque esa función consiste en reducir la incidencia violenta y selectiva del poder punitivo.

Asimismo, señalan que, frente a la irracionalidad del legislador, la sistemática conceptual del delito debe construirse teleológicamente (por oposición al sistema clasificatorio que presupone que el legislador es racional), orientada a la función contenedora del poder punitivo. Es decir, una sistemática que no se agote en un mero análisis deductivo, sino que tienda todos los puentes posibles a la realidad que permitan apreciar los efectos de un hipotético ejercicio de poder punitivo conforme a las particularidades del caso (Zaffaroni et al 2002, 389).

En el desarrollo de esta teoría se va marcando la permanente tensión entre el estado de policía –que pugna por expandirse– y el estado de derecho –que lucha por detener las pulsiones del estado de policía que abraja en su interior– que opera en cada uno de los elementos del delito.

4.2. Los datos sociales: selectividad y vulnerabilidad

Los autores exponen que es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta el comportamiento real de las personas, sus motivaciones, sus relaciones de poder, etc., y como ello es imposible, el resultado no es un derecho penal privado de los datos sociales, sino construido sobre da-

tos sociales falsos, debido a que no fueron sometidos a verificación. Es decir, se crea una sociología falsa –con una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo–, que luego servirá de presupuesto de toda una construcción teórica, desconociendo los datos que proporcionan las otras ciencias sociales. Eso, sostienen, es lo que ha estado haciendo la dogmática tradicional so pretexto de preservación de su pureza jurídica y del rechazo del riesgo de reduccionismo (Zaffaroni et al 2002, 22-23).

En tanto que la dogmática penal poswelzeliana intenta tomar en cuenta la ciencia social, apelando al funcionalismo sistémico sociológico (Roxin a través de la influencia –directa o indirecta– de la concepción sistémica de la sociedad de Parsons y Jakobs a través de la expresa referencia al funcionalismo de Luhmann), para Zaffaroni, lo primordial en la sociología son los datos empíricos, y la concepción de la sociedad (sistémica o conflictivista) sólo es un marco teórico explicativo, con lo cual las citadas construcciones al incorporar bases sociológicas para evitar un aislamiento de la ciencia del derecho penal, priorizan el marco teórico y dejan de lado los datos en un segundo plano (Zaffaroni 2005, 144-145/237).

En efecto, una de las objeciones más importantes de la sociología radica en la innegable selectividad con que el deber ser penal se realiza en el campo de la realidad del poder punitivo y del sistema penal, pero ninguna de las posturas referidas se hace cargo de ese dato social. Ello parecería no ser casual, puesto que, de haberlo admitido, el discurso jurídico-penal legitimante del poder punitivo que sostienen, se hubiera convertido en deslegitimante al no poder compatibilizarlo con la igualdad ante la ley como premisa del estado de derecho (Zaffaroni et al 2002, 24).

La selectividad, explica Zaffaroni, es una consecuencia inevitable de la imposibilidad de la criminalización secundaria (acción punitiva ejercida sobre personas concretas que llevan a cabo policías, jueces, agentes penitenciarios) de realizar el inconmensurable programa que discursivamente les encomienda la criminalización primaria (acto y efecto de sancionar una ley penal material que permite la punición de ciertas personas que ejerce el parlamento y el ejecutivo) (Zaffaroni et al 2002, 7-8).

Ocurre que la criminalización primaria es un proyecto legal tan enorme que en sentido estricto abarcaría a casi toda la población, y ello lleva a que las agencias de criminalización secundaria –en razón de sus propias limitaciones operativas– seleccionen las personas que serán criminalizadas. Ahora, esa selección no se ejerce al azar ni por la gravedad del delito, sino por la que ocasiona menos conflictos, es decir conforme a estereotipos (Zaffaroni 2012, 22).

Según los doctrinarios, los estereotipos son prefiguraciones negativas (prejuicios) de determinada categoría de personas que, por apariencia o conducta, se tiene por sospecho-

sas. Estos prejuicios son creados en el imaginario colectivo fomentados por los medios de comunicación y la política demagoga. De esta manera se forja el estereotipo de esa persona sospechosa, del criminal en potencia, que presenta componentes clasistas (pobres), racistas (negros, por ejemplo), etarios (jóvenes), de género (en general hombres) y estéticos (feos) y que lo lleva a ser visto como enemigo de la sociedad (Zaffaroni et al 2002, 9).

Zaffaroni señala que este criterio selectivo es fácilmente observable en la población carcelaria y advierte que el error de Lombroso fue considerar al desvalor estético (persona fea) como causa del delito cuando en realidad es causa de criminalización.

No desconocen que estas personas estereotipadas cometen delitos groseros (obras ilícitas toscas) pero asumen que su fácil detección (selección) por las agencias ejecutivas (policía) es propia de un entrenamiento diferencial por su pertenencia a una posición desventajada.

Esto les permite postular que el sistema penal opera en forma de filtro, pues el poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables.

En esa línea, remarcan que cada una de esas personas tiene un estado de vulnerabilidad al poder punitivo que depende de su correspondencia con un estereotipo criminal —es alto o bajo en relación directa con el grado de la misma—, pero no es alcanzado por el poder punitivo por ese estado sino por la situación de vulnerabilidad, que es la concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca. En consecuencia, quien encuadra en alguno de los estereotipos debe realizar un esfuerzo muy pequeño para colocarse en una posición criminalizante, porque se halla en un estado de vulnerabilidad siempre alto. A la inversa, quien no da en un estereotipo debe realizar un considerable esfuerzo para colocarse en esa situación, porque parte de un estado de vulnerabilidad relativamente bajo (Zaffaroni et al 2002, 11-12).

Luego de realizar este análisis concluyen que “...la selectividad del proceso de criminalización es estructural y, por ende, no hay sistema en el mundo cuya regla general no sea la criminalización secundaria en razón de la vulnerabilidad del candidato...” y que ésta “...sólo secundariamente responde a la gravedad del delito...que sólo será determinante cuando, por configurar un hecho grotesco, eleva la vulnerabilidad del candidato” (Zaffaroni et al 2002, 12).

4.3. Culpabilidad por vulnerabilidad

Coherentes con su teoría agnóstica y negativa de la pena, los autores proponen una teoría del delito destinada a operar como un sistema inteligente de filtros, donde cada concepto teórico cumple una función política (aporta a la contención del poder punitivo)

como parte de la general función política de reducción y contención de todo el sistema, pero sin apartarse de los elementos tradicionales.

Determinada la existencia del injusto, se debe establecer, de alguna manera, la vinculación del delito con la pena, es decir debe existir una conexión punitiva que a su vez indicará la cuantía de esa consecuencia (Zaffaroni 2005, 30-31). Sostienen los doctrinarios que cada teoría legitimante del poder punitivo ha buscado ese vínculo conforme a los fines que le asignaba a la pena, dentro de las cuales distinguen a:

a. Los que construyeron esa conexión en la propia teoría del delito como culpabilidad fundada en el reproche o en la exigibilidad resultante del ámbito de autodeterminación del sujeto; de,

b. Los que reducen la teoría del delito al puro ilícito y construyen ese nexo en la teoría de la pena, como es el caso del viejo positivismo italiano, en el cual el delito era pura imputación sintomática y la peligrosidad constituía el puente con el poder punitivo (Zaffaroni et al 2002, 651).

Asimismo, consideran que una concepción agnóstica y por ende no legitimante de la pena como la que sostienen, no puede plegarse a ninguna de esas corrientes. Aun así, dejan en claro que cualquier pretensión de prescindir de la culpabilidad y proveer una respuesta fundada en el injusto sería inconstitucional, por ser violatoria del principio de igualdad y, por negar el concepto de lo humano que presuponen los principios constitucionales.

En esa lógica, creen que se debe sostener el concepto de culpabilidad, el que, sin abandonar las formas de la ética tradicional, debe incorporar el dato de la selectividad estructural y procurar compensarlo y reducirlo.

Así definen a la culpabilidad como "...el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad" (Zaffaroni et al 2002, 656).

Entonces, para esta teoría, la culpabilidad penal que va a permitir vincular el injusto al autor surge de la síntesis de:

1. Un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación: Descartada que fue la culpabilidad de autor, los autores apelan a una culpabilidad de acto que mediante los

elementos formales de la ética tradicional formula un juicio de reproche personalizado al autor de un injusto, en razón de que en la circunstancia concreta en que actuó tuvo una mayor o menor posibilidad de actuar de otra manera no lesiva o menos lesiva. Aquí se toma en cuenta la personalidad del sujeto, pero no para reprochársela, sino como elemento a tener en cuenta para dimensionar su ámbito concreto de autodeterminación frente al injusto (Zaffaroni 2012, 209).

Ésta que sería la tesis, se constituye en un límite máximo de irracionalidad a acotar, siendo intolerable pretender habilitar el poder punitivo más allá de ese límite.

2. Un juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad: El reproche realizado en la culpabilidad de acto no tiene contenido ético –sólo usa las formas de la ética–, pues el estado mismo no procede éticamente al no hacerse cargo de la selectividad criminalizante del poder punitivo, con lo que lesiona el principio de igualdad (Art. 16 C.N.) y legitima un ejercicio de poder arbitrario sobre los más vulnerables (Zaffaroni 2012, 209).

Frente a ello, consideran necesario contraponerle una culpabilidad por la vulnerabilidad selectiva que operará como antítesis, la que si bien no podrá cancelar ese fenómeno –selectividad–, si podrá reducirlo excluyendo de su ejercicio sus extremos enfrentados con la ética de igualdad de trato jurídico del estado de derecho antes señalado. Sólo así, entienden los autores, será ético y racional el reparto del poder jurídico de contención del poder punitivo, puesto que se ejerce contraselectivamente.

Para comprender esta teoría es importante no confundir estado de vulnerabilidad con situación de vulnerabilidad. En efecto, si bien el grado de peligrosidad del sistema penal para cada persona, está dado en principio por los componentes del estado de vulnerabilidad (clase social, instrucción, pertenencia laboral, renta, estereotipo al que aplica, etc.) de ésta al sistema penal, lo cierto es que ello por sí sólo no la criminaliza, sino que algo debe poner a tal efecto. Ese algo es el esfuerzo personal que el sujeto realiza (pequeño o grande, según el caso) para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, esto es para que el poder punitivo lo seleccione.

En definitiva, lo único que podrá reprochársele a la persona –sin sobrepasar el máximo señalado por la culpabilidad de acto–, es el esfuerzo personal que haya realizado a partir de su estado de vulnerabilidad para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, esfuerzo que a su vez será la medida de la culpabilidad que se reflejará en la cuantía de la pena.

Así, presentan a la culpabilidad como el tercer momento dialéctico de la teoría del delito en que opera la tensión entre el estado de policía y el estado de derecho, donde las agencias jurídicas deben empujar para que este último avance, oponiendo la relevancia

reductora del dato de selectividad a la razón de estado.

5. INCIDENCIA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD EN LA POLÍTICA CRIMINAL ARGENTINA

Conforme quedó delineado nuestra ciencia jurídica se ha venido nutriendo de teorías europeas, las que en su elaboración respondieron a un contexto social, cultural, económico y principalmente político de cada autor, y tal como señala Zaffaroni si bien la importación de las mismas a nuestro país fue considerada técnica y para muchos políticamente aséptica, la verdadera dimensión de las diferentes posiciones, se encuentra en su aspecto político.

Esto no quiere decir que hayan sido elaboradas por orden de los políticos, sino que se construyeron según sus momentos históricos⁴ y que no tienen que ver con lo acontecido en la Argentina.

Desde ese punto de vista, adquiere relevancia la dogmática penal propuesta por los autores argentinos, ya que para postular su teoría hicieron énfasis en el contexto social, político y económico imperante en nuestra región.

En esa línea, resta analizar si, de alguna manera, esa construcción local y particularmente en lo que al concepto de culpabilidad se refiere, logró tener incidencia en la política criminal argentina y en su caso cómo.

5.1. Líneas de política criminal argentina

La criminalidad es un problema de todas las sociedades y eso mismo explica la internacionalización de la ciencia penal (Roxin 2000, 87). Sin embargo, la realidad nos muestra que cada estado asume –según su idiosincrasia– la forma de combatirla a través de actividades organizadas y ordenadas, ya sean éstas estrictamente preventivas o represivo-preventivas.

La política criminal argentina tiene su propia complejidad, pero no caben dudas que la posición de vulnerabilidad de la gran mayoría de quienes terminan siendo criminalizados se constituye en una de las problemáticas más difíciles de resolver con verdadero sentido de justicia, porque los delitos están conectados a un contexto de injusticia social que el mismo Estado ha generado o ha tolerado a través de la indiferencia. Las situaciones indi-

⁴ “Alemania pasó en menos de un siglo por los regímenes políticos más dispares: el imperio; la revolución de 1918; la República de Weimar; el nazismo; la derrota, la ocupación y la partición; la reconstrucción con la República Federal por un lado y la DDR por el otro, y la reunificación” (Derecho penal humano y poder en el siglo XXI - E. Raúl Zaffaroni - El texto desarrolla las notas de la conferencia pronunciada en la Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Distrito Federal, Brasília, el 6 de junio de 2016 y de las pronunciadas en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en ocasión de honrarlo con el grado de Doctor honoris causa, en agosto de 2016. Una versión reducida se publica en el libro-homenaje al Prof. Dr. Mario A. Houed Vega, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica y rector del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ, Nicaragua), en San José de Costa Rica).

viduales se inscriben en procesos mucho más complejos, que involucran aspectos políticos, económicos, sociales y culturales, y sólo su análisis revelará el mayor o menor ámbito de autodeterminación en el que se mueven muchas de las personas criminalizadas y cuál es el esfuerzo que realmente hicieron para ser seleccionadas por el sistema penal.

Desde los años noventa, el concepto de vulnerabilidad que surge por la necesidad de considerar la multidimensionalidad de la pobreza⁵, comienza a abordarse en América Latina y más precisamente en Argentina, debido a la incapacidad de los grupos más débiles de la sociedad para enfrentar o neutralizar sus efectos. Las causas que dieron lugar a este nuevo enfoque se remontan al último cuarto del Siglo XX por el devenir de sucesivas crisis económicas que llevaron al descenso de las capas medias y la marginación de los sectores estructuralmente más pobres, situación que los expuso a mayores riesgos.

Más allá de su importancia explicativa, se considera que la diferencia conceptual entre pobreza y vulnerabilidad debiera tener incidencia en las políticas públicas, con tratamientos que permitan atacarlas de forma integral. Sin embargo, el estado argentino se ha mostrado a veces indiferente y otras veces incapaz de brindar ese tratamiento integral.

Reflejo de aquello son los datos estadísticos de las últimas décadas que muestran un incremento de la actividad delictiva en Argentina, particularmente asociada a delitos contra la propiedad –los que cada vez son más violentos– y delitos de infracción a la ley 23.737. Es que, si bien las causas de este fenómeno son complejas y obedecen a múltiples factores, se observa que se presentan sugerentes coincidencias entre el aumento de delitos y los picos de crisis económicas y sociales.

En efecto, según el informe elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, titulado “Vulnerabilidad social, adicciones y prácticas delictivas” del año 2015, algunas investigaciones revelaron que, si bien no existe una incidencia mecánica ni lineal de los índices de pobreza, desempleo e inequidad distributiva en relación al incremento de la actividad delictiva, se evidencia una acción indirecta, mediada por la exclusión.

En relación a ello, resulta esclarecedora una de sus conclusiones, al exponer que: “...es importante tener en cuenta que la prolongación del desempleo y de las condiciones de precariedad e imprevisión laboral tiene perdurables consecuencias en las nuevas generaciones en la medida que los adultos afectados por el desempleo o la inestabilidad laboral

⁵ “La insatisfacción analítica con los enfoques de pobreza y sus métodos de medición ha extendido los estudios de vulnerabilidad. Así, estos especialistas señalan que el concepto de pobreza, al expresar una condición de necesidad resultante sólo de la insuficiencia de ingresos, se encuentra limitado para comprender el multifacético mundo de los desamparados. En cambio, el enfoque de vulnerabilidad al dar cuenta de la “indefensión, inseguridad, exposición a riesgos, shocks y estrés” (Chambers, 1989), provocados por eventos socioeconómicos extremos entrega una visión más integral sobre las condiciones de vida de los pobres y, al mismo tiempo, considera la disponibilidad de recursos y las estrategias de las propias familias para enfrentar los impactos que las afectan...” (CEPAL 2001, 12).

dejan de transmitir a los jóvenes la valoración del trabajo, la educación y la familia. Esto refuerza la fragmentación del corpus de creencias compartidas, la exclusión y la vulnerabilidad social que se encuentra en la raíz del incremento de la participación de niños, adolescentes y jóvenes en prácticas delictivas. En esa línea, se produce una socialización alternativa por parte de muchos adolescentes y jóvenes de sectores socialmente vulnerables, para quienes las vías tradicionales de integración social se encuentran vedadas...” p. 43.

En igual sentido, da cuenta de la marcada incidencia que tiene el consumo de drogas por parte de jóvenes en condiciones de vulnerabilidad social en prácticas de delito callejero. Se considera que los estupefacientes tienen un efecto letal en su subjetividad, y que incide en el aumento de la violencia y la irracionalidad de las conductas de los jóvenes. Ese consumo, es propio del deterioro en los procesos de socialización de adolescentes y jóvenes y de la necesidad que tienen de desarrollar identidad y pertenencia social por vías diferentes de las tradicionales.

En consecuencia, la delincuencia juvenil, la violencia y la drogadicción –catalogados como “problemas sociales emergentes”–, no pueden comprenderse sólo desde la perspectiva de la pobreza, sino, a partir de la acentuación de las desigualdades y muy especialmente desde la condición de vulnerabilidad en que se encuentran muchas familias (CEPAL 2001, 18).

Como resultado de esa confluencia de factores, en Argentina muchas personas quedaron en una zona de penumbra, entre el derecho de la seguridad social y el derecho penal, como destinatarios de políticas asistenciales, y a la vez, de políticas criminales. Así, por un lado, se incrementaron los dispositivos estatales de asistencia y, por otro lado, se reforzaron las medidas represivas para controlar la seguridad pública, las que generalmente se aplican de modo selectivo sobre los más vulnerables (Carrera & Escalante 2017, 8).

En ese contexto, se puede afirmar que la problemática delictual –en su gran mayoría– se encuentra atravesada por las condiciones de vida de los individuos, con lo cual la cuestión del delito no puede ser entendida como una realidad fruto de meras decisiones personales, sino como el resultado de múltiples factores que claramente limitan el ámbito de autodeterminación. Es que, las condiciones subjetivas propias de cada persona no se desarrollan, sino, en relación con las condiciones sociales objetivas que cada uno procesa de manera personal (Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal 2015, 32-33).

5.2. Casos referenciales

A continuación, se toma como referencia una serie de casos en los que el reconocimiento de la vulnerabilidad tuvo una importante incidencia en oportunidad de analizarse la cul-

pabilidad y que a su vez exponen el estado actual de la política criminal argentina. Previo a ello, es necesario aclarar que luego de haber realizado una búsqueda abierta de fallos o dictámenes fiscales en los cuales se presente la teoría de los autores argentinos, se advierte que muy pocas veces se realizó una cita o aplicación directa de la misma, como así también se puede observar que prácticamente no se plantea como argumento defensivo.

5.2.1. El caso de SDE (causa N° 25627) – Sentencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala 1, de fecha 22.05.2018.

SDE se encontraba en situación de calle desde los 10 años de edad, consumía estupeficientes y no pudo concluir sus estudios primarios. Al cumplir la mayoría de edad, fue detenido por la comisión de un delito. Luego de recuperar su libertad, intentó robar una bicicleta que se encontraba en la vía pública.

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 16 condenó a SDE como autor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa, a la pena de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento. Asimismo, fue declarado reincidente.

Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación. Al resolver, los camaristas (Gustavo Bruzzone, Patricia Llerena y Luis Niño) llegaron a un acuerdo y, en primer lugar, establecieron que la bicicleta no puede ser considerada un vehículo en los términos art. 163, inc. 6° C.P., con lo cual queda excluido el agravante previsto en el art. 167 inc. 4° C.P. Al modificarse la calificación penal –a robo simple en grado de tentativa– se hizo necesario fijar una nueva pena y para ello recurrieron a los criterios establecidos en el art. 41 del C.P., a partir de los cuales predicaron una culpabilidad limitada, y para ello tuvieron en cuenta lo que seguidamente se detalla.

En relación al hecho (art. 41 inc. 1 del C.P.), del voto del Juez Bruzzone (al que adhirieron los Jueces Llerena y Niño) se desprende que:

* Se trató de un delito contra la propiedad (robo) que implicó el despliegue del medio comisivo, en principio, menos grave de los dos previstos en la figura. Esto es, se intentó consumir mediante fuerza en las cosas, más no violencia física sobre alguna persona.

* La bicicleta fue recuperada por el damnificado en intactas condiciones

* El hecho objeto de reproche tampoco causó un peligro común para terceras personas.

* Por su parte, el medio empleado –un taco de madera–, para intentar forzar la linga que sujetaba la bicicleta –más allá de advertir sobre el carácter tosco de la maniobra– tampoco lleva ínsito algún grado de peligrosidad.

En cuanto a la situación de SDE (art. 41 inc. 2 del C.P.), de quien los camaristas tomaron conocimiento personal, se consideró determinante:

* La especial situación de vulnerabilidad en la que vive por cuanto, desde los 10 años de edad, y hasta que recuperó la libertad en esta causa, en virtud de la concesión del instituto de la libertad asistida, vivió en situación de calle.

* Que nunca pudo avanzar con el estudio primario.

* Que se ha involucrado en el consumo de distintas sustancias estupefacientes.

* Que en la audiencia estuvo presente su madre brindando apoyo para contestar las respuestas dirigidas por el tribunal.

Todas estas circunstancias fueron consideradas como reveladoras de un estado de vulnerabilidad de gran magnitud. A partir de ahí, se entendió que las mismas debían ser tenidas en cuenta a la hora de mensurar la cuantía de la sanción a imponer, por lo que la pena anterior (un año y ocho meses) fue disminuida sensiblemente.

Por otro lado, anuló el punto vinculado a la declaración de reincidencia haciendo hincapié en el avance registrado por el penado en el régimen de tratamiento, quien en este caso no ingresó en el período de prueba.

En razón de ello, se modificó la calificación legal asignada al caso por la de robo simple en grado de tentativa y se impuso una pena de 6 meses de prisión de efectivo cumplimiento.

Como se ve, los camaristas intentaron mitigar la injusticia a la que se llegó en instancias anteriores mediante la aplicación aséptica del ordenamiento jurídico y la aplicación mecánica de la dogmática penal tradicional, haciendo hincapié en las condiciones de vulnerabilidad de SDE como factores que indudablemente debían ser considerados como atenuantes.

Aun así, si bien se concluyó que hay una culpabilidad limitada, el desarrollo de los argumentos se enmarcó directamente en la cuantificación de la pena y a través de ella en el art. 41 incisos 1 y 2 del C.P., lo que en definitiva permitió su atenuación, sin embargo, el contexto social que el caso exponía exigía un abordaje antropológico desde la teoría del delito y más precisamente desde el estrato culpabilidad por vulnerabilidad –lo que tampoco fue planteado por el fiscal ni por la defensa–.

Lo resuelto por los sentenciantes que precedieron a la Cámara de Casación expone un análisis con un enfoque tradicional, donde las respuestas penales se construyen sobre una ilusión de racionalidad pues se recurre a la idealización y aplicación mecánica de categorías conceptuales organizadas con un alto nivel de abstracción que prescinden del

contexto social de los sujetos involucrados en el suceso (Asensio & Di Corleto 2020) y desde ese punto de vista la culpabilidad por vulnerabilidad implica un cambio de paradigma. Esta perspectiva de análisis va más allá de una mensuración de la pena atenuada, pues su eje de estudio es un ser humano que tiene intereses, experiencias y valores delineados por un entorno y un contexto social, lo que, según el caso, puede ser limitante de su ámbito de autodeterminación y, a la vez, puede dejarlo más expuesto al poder punitivo.

Tal como se desprende del análisis que realiza Ricardo Narvárez, la propuesta de los autores argentinos, “indaga sobre la biografía del agente; que no edita la película para dejar sólo el momento en que se gatilla el arma y se hiere a la persona”, con lo cual el delito deja de ser algo estático para ser concebido de una forma dinámica, lo que implica el reconocimiento de su naturaleza social (Narvárez 2013, 16-17).

Así, el hecho de vivir en situación de calle desde los 10 años, no tener estudios, el consumo de distintas sustancias estupefacientes y haber tenido conflictos con la ley en otras oportunidades, ponen de manifiesto un estado de vulnerabilidad tal que, por un lado, pudo haber influido en la conducta del imputado contribuyendo a la realización del injusto. Ello es así, ya que esas condiciones sociales y personales denotan un cuadro situacional que posiblemente le hicieron mucho más arduo que a otros la realización de una conducta debida, lo que claramente debe ser tenido en cuenta, no para reprochársele – en el sentido de una culpabilidad de autor–, sino para determinar la magnitud de su ámbito de autodeterminación en la culpabilidad de acto. Por otro lado, al partir de un estado de vulnerabilidad muy elevado, el esfuerzo para ser alcanzado por la selectividad del poder punitivo, ha sido mínimo.

Frente a ello, la culpabilidad por vulnerabilidad se constituye en una contracara necesaria para tomar en consideración ese dato de la selectividad y operar una suerte de compensación, reduciéndola por encontrarse enfrentada con la ética de igualdad de trato.

De ahí que, no es posible brindar una respuesta penal justa, racional y respetuosa de los principios de igualdad y no discriminación si no se contempla el entorno en el que cada persona se encuentra.

En efecto, si seguimos estrictamente la norma, dirigida a un sujeto de derecho que – como señala Marcela Rodríguez– no es cualquier hombre, sino aquel con privilegios: “un varón blanco, de clase media, heterosexual, sin discapacidades y, en general, de la religión predominante” (Rodríguez 2000, 139-140), y la persona sometida a un proceso penal no cumple con esos parámetros, pero su aplicación se la realiza con el mismo rigor que si los reuniera, la respuesta penal no es sostenible en términos de igualdad.

De este fallo, es importante resaltar tres factores que se presentan con mucha frecuencia

al momento de determinar las condiciones de vulnerabilidad como limitantes del espacio de libertad, como lo son la pobreza, el bajo nivel educativo y el consumo de estupefacientes en ese contexto.

El caso de SDE es el de muchos jóvenes que desde la niñez permanecen en situación de calle, sin poder terminar sus estudios –ni siquiera primarios–, que han sufrido todo tipo de carencias no solo materiales sino también afectivas y que a temprana edad consumen sustancias estupefacientes –lo que incide en el aumento de la violencia y la irracionalidad de las conductas de los jóvenes–. Sin embargo, esas circunstancias le son indiferentes a la política criminal, pues la persecución penal continúa centrándose en los sectores excluidos, incluso con enormes niveles de irracionalidad. Ello, por un lado, determina una selectividad desigual de la persecución penal y, por otro lado, tiene una clara incidencia en la consolidación de la marginalidad.

Estadísticamente, en nuestro país, la población penitenciaria tiene una elevada presencia de jóvenes varones, de nacionalidad argentina y con un bajo nivel de escolarización⁶. Además, y siguiendo una tendencia histórica marcada, los principales delitos imputados a las personas privadas de libertad fueron robos (y tentativas de robos), infracción a la ley 23.737 de estupefacientes, violaciones y homicidios dolosos⁷.

Esos datos ponen de manifiesto que la criminalidad se encuentra determinada por la posición de vulnerabilidad de los infractores privados de libertad y a su vez, evidencia que el estado argentino recurre en mayor medida a las herramientas represivas para hacer frente a la misma por sobre las herramientas preventivas o disuasivas.

Entre las pocas estrategias de intervención con fines preventivos que se promovió en Argentina se encuentran dos programas: “Comunidades vulnerables (PCV)” y “Empleo Comunitario (PEC)”. Ellos estuvieron vigentes entre el 2001 al 2008 y nacieron con la idea de romper los lazos entre pobreza, peligrosidad y delito. Los mismos estaban destinados a jóvenes entre 16 y 25 años, desocupados, que hayan dejado la escuela o con problemas de escolaridad y que ya hayan tenido algún vínculo con la justicia. En el año 2010, Emilio Jorge Ayo publicó una investigación vinculada a estos programas en lo que llevó por título: “Delito y pobreza: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo”, exponiendo un giro “hacia lo social” en la política criminal, ya que a través del lanzamiento del Programa Nacional de Prevención del Delito (PNPD) se pretendía incorporar nociones propias del campo de lo social a la

⁶ Según el Informe del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal), “...El 95% de los detenidos al 31 de diciembre de 2019 eran varones, el 94% eran argentinos, el 66% tenía estudios primarios o inferiores al momento de ingresar al establecimiento y el 58% tenía menos de 35 años de edad...” (2019, 7).

⁷ Conforme el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena, los delitos con más cantidad de menciones son: robos y/o tentativa de robo -38.141-, infracción a la ley 23.737 de estupefacientes -16.664-, violaciones/abuso sexual -14.051- y homicidios dolosos -13.023- (2019, 8).

problematización de la “cuestión de la inseguridad” (Ayo 2010, 62).

Las tácticas de prevención social del delito se centralizaron en el PCV, en tanto que el PEC –que como todo plan era administrado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social– aparece como una herramienta externa que permitió el ingreso de los destinatarios dentro del programa y su mantenimiento en él para poder trabajar con ellos.

La implementación del PCV estaba focalizada en barrios de alta vulnerabilidad social, donde la población objetivo era fácilmente identificable ya que se presentaba como realidad dada, naturalizada y autoevidente. El “perfil” de esa población –señala el investigador– estaba impregnado del conjunto de montajes político-culturales que asimilan pobreza, juventud, peligrosidad y delito, y en razón de lo cual estaban sometidos a procesos de estigmatización y de selectividad penal. De allí que uno de los objetivos explícitos del programa es hacerlos menos “vulnerables” a esa selectividad.

De las estrategias de prevención social del delito que preveía el PCV, rescato la construcción de un espacio de intervención sobre la subjetividad de los “jóvenes en conflicto con la ley penal”, cuyo encuadre aparece fuertemente ligado a la noción de límite y a las dificultades de aceptar reglas de conducta, y que –según el investigador– fue una de las estrategias más productivas. A través de ese espacio se procuró internalizar reglas básicas de convivencia tales como respeto por los horarios de las entrevistas, cuidado para la utilización de la palabra en las reuniones grupales y observancia de todas las pautas de interacción acordadas, las que por sí mismas se constituía en uno de los principales mecanismos de prevención y que a su vez generan precondiciones de un proceso de inclusión social. Aquí las referencias a la familia, a la casa y al colegio no es casual –señala el investigador–, ya que la poca o nula asimilación de los límites está relacionado a un fracaso en los procesos de socialización primaria ligados a la educación de los niños (Ayo 2010, 100-101).

Los beneficios de un abordaje integral como el que proponían esos programas eran realmente importantes, pero no perduraron en el tiempo aun cuando la realidad social y delictual se ha profundizado en los últimos años.

5.2.2. El caso “Gómez” (causa N° FMZ 55018152/2012/CA1 – CFC, Sala IV). Dictamen N° 9983 de la Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 8.7.2015.

Gómez, ama de casa y empleada doméstica, embarazada de 7 meses al momento del hecho, fue requisada el 7 de octubre de 2012 en la sede del Servicio Penitenciario de la Provincia de San Juan, cuando ingresaba en calidad de visita del interno Montaña. En dicha oportunidad, se le secuestró un envoltorio de 28 cigarrillos de marihuana con un peso total de 20 gramos, los que llevaba en el interior de su vagina.

El Juez Federal dictó auto de procesamiento en su contra por considerarla presunta autora del delito previsto en el art. 5º, inc. e) segunda parte, agravado por el art. 11, ambos de la ley 23.737, esto es suministro gratuito de estupefacientes agravado por cometerse en un lugar de detención, en grado de tentativa (art. 42 del CP).

Dicha resolución fue apelada por la Sra. Fiscal Federal, quien sostuvo que la calificación legal escogida constituye la tipificación de una participación en un injusto ajeno atípico – la tenencia de estupefacientes para consumo personal– y que, por tanto, también sería atípica esa conducta. En dicha oportunidad solicitó el sobreseimiento de la imputada por atipicidad. La Cámara Federal de Mendoza hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto y, recalificó la conducta de Gómez como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte de la ley 23.737).

Contra esa sentencia, el Fiscal General Subrogante ante aquella Cámara interpuso recurso de Casación, aduciendo una violación al modelo acusatorio por haberse colocado a la imputada en una posición procesal más gravosa a la propiciada por el Ministerio Público Fiscal. En ese sentido sostuvo que lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza constituye un exceso en los límites de la jurisdicción.

En ese contexto, el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4 presentó su dictamen, donde por una parte sostiene que la Cámara no se ha excedido en los límites jurisdiccionales, toda vez que se encuentra objetivamente acreditado que Gómez tenía entre sus pertenencias 20 gramos de marihuana y, por otra parte, nuevamente solicita su sobreseimiento, pero esta vez sobre nuevos argumentos.

En lo que aquí interesa, el Fiscal General sostuvo que si se encontrase acreditada la tenencia de estupefacientes por parte de la imputada (tipo objetivo), ello sólo no permite afirmar la existencia de un delito con el grado de certeza requerido para esta etapa procesal, siendo necesario analizar los otros estratos de la teoría del delito para evitar mantener sometida a proceso a una persona por el solo hecho de haberse comprobado la tipicidad de su conducta.

Señala que verifica en el caso un supuesto de inculpabilidad haciendo hincapié en lo siguiente:

* En cuanto a la magnitud del injusto reprochado remarcó que, si bien no es insignificante, se presenta como leve dada la cantidad de estupefacientes secuestrados (20 gramos de marihuana).

* En relación al juicio de reproche, enmarcado en el análisis de la culpabilidad por el acto, expuso que se hacía necesario verificar cuál era el ámbito de autodeterminación de Gómez en el momento del hecho, para conocer su abanico de conductas disponibles y el esfuerzo que debió realizar para optar por aquella adecuada a derecho, en torno a lo cual

adujo que:

- La imputada se encontraba en calidad de visita de su concubino, y es ese dato el que brinda las razones que llevaron a Gómez a tener los estupefacientes, esto es, su relación con el interno. En ese marco, considera que el esfuerzo que hubiera requerido rehusarse a realizar el suministro y a rechazar satisfacer las necesidades de su concubino adicto, supera lo jurídicamente reprochable, particularmente porque pone en riesgo el vínculo que los une con las consecuencias que le traería aparejada en la crianza del hijo que esperaba.

Con lo cual, si bien la conducta adecuada a derecho se encontraba entre las conductas disponibles, el esfuerzo que debería haber realizado la imputada es tan grande que no resulta jurídicamente reprochable.

En definitiva, la irreprochabilidad del injusto está determinada por la cruel disyuntiva en que se encontraba Gómez al momento del hecho. Asimismo, indicó que la situación es la misma si los estupefacientes estuvieran destinados a ser utilizados como moneda de cambio.

* Para evaluar el estado de vulnerabilidad o de inexigibilidad de otra conducta se remitió a varios aspectos de su biografía, señalando los siguientes:

- Se trató de una obra sumamente tosca cometida por quien no ha recibido entrenamiento alguno en el delito, pues es sabido que las visitas son sometidas a requisas profundas y el material estupefaciente no se encontraba disimulado.

- Es la concubina de una persona privada de la libertad.

- Su ocupación era ama de casa y empleada doméstica.

- El esfuerzo realizado por Gómez para ser seleccionada por el sistema penal fue muy leve.

- La tenencia de 20 gramos de marihuana coloca su conducta en el límite de la insignificancia.

Todo eso, concluye, significa que su criminalización ha respondido en gran medida a sus características personales y no al esfuerzo por colocarse en esa situación, con lo cual el injusto imputado a Gómez no puede serle jurídicamente reprochado y por tanto corresponde su sobreseimiento.

En este dictamen, el Ministerio Público Fiscal, realizó un análisis que se enmarcó en el concepto elaborado por Zaffaroni y sus colaboradores, sin embargo, no recibió tratamiento, toda vez que la Cámara Federal de Casación –Sala IV– resolvió por mayoría de-

clarar inadmisibile el recurso en razón de que la resolución impugnada no era definitiva ni equiparable a tal. En tanto que la minoría (Juez Hornos) votó por hacer lugar al recurso, por considerar afectado el principio acusatorio en la instancia recursiva, ya que la Fiscalía –único sujeto activo– no había ejercido una pretensión requirente desde el inicio del proceso.

Aquí, se incorporan otros factores con marcada influencia en la condición de vulnerabilidad como ser la relación con una persona privada de su libertad y la cuestión de género a la que se agrega el hecho de encontrarse embarazada.

La maternidad joven sumada a la ausencia de la pareja proveedora –en este caso concreto debido a la privación de libertad–, describe una situación recurrente en los sectores populares conjugada con condiciones de pobreza, a la vez que expone una situación de fragilidad e indefensión. A ello se agrega, la subordinación femenina –facilitada por la construcción de vínculos sentimentales bajo estereotipos de género y de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres– y las características subjetivas que las definen, que colocan a la mujer como sujeto débil que estrechan los márgenes de libertad para decidir entre distintas opciones.

Conforme da cuenta el trabajo “Mujeres imputadas en contexto de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género”, de la Serie Cohesión Social en la práctica, “...En el caso de las mujeres, su relación con la Administración de justicia penal siempre ha sido conflictiva. Ya sea que acudan a los tribunales para resolver las situaciones de violencia que padecen o para responder por las imputaciones realizadas en su contra, no han encontrado en la justicia una instancia receptiva al contexto de desigualdad estructural en el cual están insertas. En relación con las mujeres imputadas, el notable crecimiento de las tasas de encarcelamiento femenino da cuenta de una política criminal que las afecta de manera dispar e invita a reexaminar los presupuestos de la dogmática penal que da sostén a acusaciones, defensas y sentencias”.

Con lo cual, el dictamen fiscal en análisis resulta ser una de las pocas veces en las que se visibilizó la realidad que atraviesan numerosas mujeres que son criminalizadas, y es de gran relevancia precisamente porque quien lo plantea es el titular de la vindicta pública. Independientemente de que no haya sido tratado en oportunidad de resolverse, expone un cambio de modelo tendiente a buscar soluciones más justas a partir de un análisis antropológico de la teoría del delito, y en este caso concreto de la categoría culpabilidad.

5.2.3. El caso de IMC (Causa N° CFP 2091/2019) Sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 7, de fecha 13.06.2019.

IMC es una mujer de más de 40 años de edad, sin estudios secundarios, único sostén de una familia monoparental, con grandes apremios económicos –deudas– al punto de vivir

en situación de pobreza, y de escasos recursos de otro orden para sobrevivir, a quien –el 04 de marzo del 2019– la Policía de Seguridad Aeroportuaria le secuestró 468 gramos de cocaína. La incautación se produjo cuando la misma pasó el puesto de control ubicado en la zona de pre-embarque del Aeropuerto “Jorge Newbery”, con la intención de embarcarse en un vuelo con destino a la ciudad de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz.

En esa ocasión, también detuvieron a MAG quien se disponía a viajar junto con IMC, determinándose luego que el mismo debía monitorearla para que una vez que llegasen a destino entregue el material que llevaba consigo.

Con posterioridad, se resolvió procesar sin prisión preventiva a IMC y a MAG por transporte de estupefacientes (art. 5, inc. C de la ley 23.737), lo que fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones. Sin embargo, a partir de las diligencias ordenadas dejaron entrever que esa maniobra trascendía a las personas detenidas y que en realidad se trataba de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes.

Luego de una serie de allanamientos se detuvo a 5 personas más, a quienes se les recibió declaración indagatoria, en tanto que una sexta persona se encontraba prófuga.

En ese marco, se pudo establecer que la organización captó a IMC para que traslade cocaína desde Buenos Aires a la ciudad santacruceña de Río Gallegos. En ese sentido, se determinó que MAC le ofreció a IMC una insignificante suma de dinero –en comparación con las ganancias del negocio– a cambio de trasladar consigo el material por vía aérea, y ella en un contexto de apremios económicos y deudas con prestamistas –en su condición de mujer sin recursos y a cargo de un hogar (con dos hijos y un nieto dependientes de ella), accedió.

Para determinar la situación de vulnerabilidad que atravesaba IMC, fue de suma importancia el informe social aportado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, en el cual se dejó constancia que IMC es una mujer de 46 años de edad que vive junto con su hija de 24 años, su hijo de 20 años y su nieto menor de edad. Asimismo, reseñó que desde su niñez atravesó situaciones de maltrato familiar, vivió en la vía pública y estuvo institucionalizada en diferentes centros de alojamientos para adolescentes hasta que a los 14 años fue retirada de uno de ellos por una tía materna, con quien pudo terminar la escuela primaria. También evidenció que IMC sufrió violencia de género por parte de una de sus parejas con quien tuvo a su primera hija. Por último, expuso que hoy en día se encuentra en una situación de extrema pobreza y cronificada, siendo el sostén de una familia monoparental donde ella ocupa el rol de jefa del hogar.

De esa manera, el sentenciante entendió que: “Su historia, su pasado y su presente, una sumatoria de vulnerabilidades, la llevó a aceptar la oferta de M.A.R.C.”, y concluyó que

ello la ubica como víctima de trata y explotación.

En ese sentido, se estableció que IMC no pudo elegir. Su voluntad estuvo colonizada por sus tratantes y la necesidad de supervivencia, suya y del grupo familiar. Esa situación, sostuvo, excluye su culpabilidad (el Estado no puede formularle un reproche basado en la exigencia de un obrar distinto frente a la situación de coerción). Se trata de la inexigibilidad de otro comportamiento, y no de que su acto haya sido conforme a derecho.

El presente caso, que concluye con la aplicación de la excusa absolutoria prevista en la ley de trata, exhibe un verdadero análisis de vulnerabilidad con sustento en pruebas de la causa, pero particularmente en un informe cuyo objeto específico es determinar el contexto en el que realmente se encuentra la imputada –luego víctima– en el proceso y cómo el mismo limitó su ámbito de autodeterminación.

Este fallo nos aproxima a la problemática de la mujer que se involucra en el tráfico de drogas y entra en contacto con el sistema penal, a la vez que visibiliza las escasas políticas públicas que aborden este fenómeno social desde una perspectiva de género.

Si bien el rol que desempeñan las mujeres en la cadena del tráfico ilícito de drogas es de poca importancia, ya que generalmente son las encargadas de entregar las sustancias a los consumidores o de transportar el estupefaciente escondido en su cuerpo o entre sus pertenencias –mulas– y rara vez son una amenaza para la sociedad, la política criminal argentina, a través de la ley 23.737 ha diseñado el marco legal para que se juzguen todos los delitos relativos a estupefacientes cualquiera sea su escala y sin distinguir variables en el amplio espectro de conductas asociadas al tráfico y comercialización de drogas.

Actualmente, las cifras vinculadas al encarcelamiento de mujeres por infracción a la ley 23.737 han crecido considerablemente, aun cuando su detención no tiene ningún impacto en la disminución del tráfico de drogas, o en la inseguridad ciudadana, la violencia o la corrupción que el negocio ilegal genera, precisamente porque están en el más bajo nivel de la cadena del crimen organizado, es decir son actores menores del tráfico.

Además de ello hay un rasgo que las caracteriza, y es que las mismas pertenecen a sectores marginales de la economía y de la sociedad, los que se constituyen en entornos propicios para el involucramiento en actividades ilícitas debido a la carencia de medios o de capital social para generar alternativas. En numerosos casos han sido, en algún momento de su vida y de manera reiterada, víctimas de violencia, abuso sexual, explotación sexual comercial, etc., sin que hayan recibido una atención oportuna por parte del estado (WOLA, 2016).

Uno de los aspectos más importantes que aborda la sentencia, es el vinculado al “abuso de una situación de vulnerabilidad” entendido éste como un medio para cometer el delito de trata de personas, y siguiendo el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la

trata de personas, advierte que el mejor modo de evaluar la existencia de vulnerabilidad es caso por caso, teniendo en cuenta la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima.

5.2.4. El caso de MPC (Causa N° CFP 3873/2018) Dictamen de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 5, de fecha 27.08.2019.

MPC de 36 años de edad, peruana, con formación básica, perteneciente al colectivo trans y quien ejerce la prostitución como única estrategia de supervivencia, el día 11.03.2018 fue cacheada –con resultado negativo– por la fuerza de seguridad luego de que, personal visualizador de cámaras de seguridad perteneciente a la División Monitoreo Urbano de la Policía de la ciudad, formulara una denuncia tras visualizar mediante cámara Constitución 32 a una persona vestida con zapatos de color blanco, pollera color blanca y saco de color negro, el cual se encontraba en aparente comercialización de estupefacientes. Posteriormente fue invitada a exhibir el contenido de la cartera que portaba, de la cual –según acta inicial– extrae la cantidad de 12 envoltorios de nylon color verde conteniendo una sustancia polvorienta de color blanco similar a la cocaína.

En su declaración indagatoria MPC dijo que se la dio un cliente esporádico y que la utiliza para su trabajo en razón de la cantidad de horas que trabaja por día, y además muchas veces sus clientes le solicitan consumir estupefacientes en forma previa o durante los actos sexuales. Asimismo, indicó que consume desde hace bastante tiempo, no todos los días, y siempre cocaína.

El 21.02.2019 el tribunal dictó el auto de procesamiento de MPC por considerarla prima facie autora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización conforme lo normado en el art. 5 de la ley 23.737, temperamento que fue confirmado por la Cámara del fuero.

Luego de que el Ministerio Público Fiscal haya manifestado la necesidad de contar con un amplio informe socio-ambiental con un abordaje profundo de determinadas variables de análisis (manifestación social de la identidad de género auto percibida, salud, educación, inserción laboral, condiciones socioeconómicas, exposición a violencia física y/o sexual, migración) en relación a la encausada, y una vez realizado, se dispuso a contestar la vista conferida en los términos del art. 346 del Código de forma. Al hacerlo, postuló el sobreseimiento de MPC, en los términos del art. 34 inc. 2 del CP, por entender que en el caso concurría un estado de necesidad disculpante como causal de inculpabilidad, dando sus argumentos in extenso, pero concretamente fundado en la posición de vulnerabilidad de la encausada.

En primer lugar, el Fiscal –Franco Picardi– hizo hincapié en que la política criminal llevada adelante por ese Ministerio debe estar orientada hacia la detención y conjura de aquellas

conductas criminales que poseen mayor envergadura, nivel de organización y que causan daño social. Así es como vincula el caso en análisis con una causa que investiga la posible utilización por parte de quienes se encuentran en un nivel superior de escala delictiva de mujeres trans que ejercen la prostitución en el barrio de Constitución en la provincia de Buenos Aires a los fines de vender o distribuir narcóticos, valiéndose para ello de su situación de extrema vulnerabilidad.

Posteriormente, el Ministerio Público Fiscal abordó diferentes cuestiones que, en contraste con la realidad expuesta en el informe socio-ambiental, le permitieron visibilizar la extrema situación de vulnerabilidad que atravesaba MPC, tales como:

- La patologización y criminalización de la que han sido objeto aquellas personas que se identifican con un género diferente al asignado al nacer o, dicho de otro modo, con identidades de género no hegemónicas, con énfasis en las personas trans.
- La significancia que tienen los términos de estigmatización, vulneración y discriminación en conexión con el tema planteado.
- La importancia de dotar de una perspectiva de género a la actuación del sistema de administración de justicia, y en particular de ese Ministerio Público, en este tipo de casos. En ese sentido, remarcó la necesidad de abandonar la supuesta neutralidad de la dogmática penal que termina afectando de manera desproporcionada los derechos de las mujeres y de las diversidades sexuales.

En cuanto a la situación particular de MPC pudo relevar que:

- Proviene de una familia numerosa –padre, madre y ocho hermanos– originaria de Perú.
- Transitó una infancia muy difícil en su país de origen, signada por la pobreza.
- Atravesó un proceso muy complejo para socializar su identidad de género, ocultando sus gustos sexuales hasta los 21 años, y socializando su identidad a los 27 con posterioridad a su migración a Argentina. Al respecto, se pone de resalto que el alejamiento del hogar y el florecimiento de su identidad de género estuvo mediado por la discriminación y estigmatización social e incluso por su propio temor a ella.
- El contexto de pobreza en que nació y transitó su infancia y adolescencia –el cual se habría acrecentado cuando su padre migró a Argentina en busca de mejores condiciones laborales que garanticen la subsistencia familiar– ella y su hermano pasaron a ser el sostén económico familiar, motivo por el cual dejó sus estudios secundarios a la edad de 11 años para ingresar al mercado de trabajo informal.

Otro factor que incidió en su decisión de no continuar con la escolaridad fue el rechazo, las burlas y la discriminación de sus pares escolares en relación a los caracteres de sexualidad, que la hicieron sentirse excluida del espacio.

- Los espacios nocturnos y marginales donde vivenció su identidad de género y donde proliferan actividades prohibidas como el comercio y consumo de drogas, sumado a su apremiante situación económica y a su condición de transgénero la llevaron a prostituirse a los 18 años de edad. Desde ese momento hasta la actualidad, el ejercicio de la prostitución se ha constituido en la única estrategia para su subsistencia. En tal sentido, se enfatizó que, si bien es la opción más redituable para su supervivencia, no posee capacidad de ahorro y que su adicción a la cocaína guarda estrecha relación con el ejercicio del comercio sexual, ya que la ayuda a mitigar esa actividad.
- Atraviesa una situación muy delicada de salud. Así se llegó a determinar que ha sufrido sífilis, actualmente padece tuberculosis ósea y recientemente ha sido diagnosticada como portadora del virus VIH, la que la sumió en una fuerte depresión, por lo que su principal prioridad es atender su salud. Se pone de resalto en su relato que ha vivido episodios de discriminación en instituciones de salud pública. Otro problema serio de su salud que vivió, está vinculado con las inyecciones de silicona líquida administradas informalmente por amigas del colectivo trans, lo que le provocó graves complicaciones por una infección en la cadera que le requirió una hospitalización prolongada.
- Respecto al consumo de sustancias psicoactivas, refirió que consume cocaína desde los 28 años como una forma de mitigar las condiciones adversas del ejercicio de la prostitución.

Todo ello evidenció las vulneraciones a los derechos más elementales de MPC y que la colocaron en una situación de exclusión. A partir de ahí, el Fiscal consideró que la acción que se le reprochaba se debía vislumbrar bajo un estado de necesidad disculpante, puesto que frente a esas circunstancias su posibilidad de autodeterminación y de motivación en la norma se veía sumamente restringida.

Así, la actividad que fue conjurada en el marco de estas actuaciones tenía que ver con el único modo de subsistencia posible que ésta tenía a su alcance para evitar un mal grave e inminente. A ese análisis le sumó la selectividad criminalizante del propio sistema penal, la que –señala– siempre operó sobre la población transgénero de un modo diferenciado, partiendo de la negación y/o patologización de su condición. Es decir, su situación vulnerable y de exclusión incidió a que la sociedad las haya considerado como enemigos, otorgándoles un trato penal diferenciado.

En esa línea, sostuvo que MPC parte de un estado de vulnerabilidad muy elevado y, por lo tanto, el esfuerzo para ser alcanzada por la selectividad del poder punitivo, es mínimo. Ello es así, ya que la mera condición de ser mujer transgénero e inmigrante, la coloca automáticamente en la mira del mismo.

Así, y con sustento en el acabado análisis de la coyuntura que atraviesa MPC, el Ministerio Público Fiscal postula su desvinculación del proceso de conformidad al art. 34 inc. 2 del CP.

No habiendo formulado el requerimiento de elevación a juicio la parte acusadora, el juzgador se vio compelido a sobreseer a MPC y a dictar el archivo de las actuaciones.

Este caso, que es bastante reciente, claramente incorpora el concepto de culpabilidad por vulnerabilidad. De esa manera, con apego al historial de victimización de la encausada y con una basta capacidad argumentativa se pudo resolver el caso desde el análisis de la teoría del delito.

Los contextos de vulnerabilidad y marginalidad son escenarios que propician la participación en los delitos vinculados a los estupefacientes, y si bien se potencia cuando a ello le sumamos la exclusión y la discriminación de la que son víctimas aquellas personas que se identifican con un género diferente al asignado al nacer, no es común que se tenga en cuenta al momento de determinar el injusto culpable, con lo cual, normalmente las causas concluyen con sentencias condenatorias y penas elevadas.

Es por ello, que la visión política criminal que propone el Ministerio Público Fiscal en su dictamen –el que fue resuelto favorablemente por el juez–, rompe con los esquemas tradicionales generalmente aplicados.

Según el informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación, titulado “La situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal” (2016), las mujeres trans históricamente han sido foco de persecución por parte de las fuerzas de seguridad, lo que las ubica dentro de los sectores más criminalizados y encarcelados particularmente por las políticas de drogas. Así, hacia fines del 2018, el 66% de la población total de mujeres y personas trans/travestis a nivel federal se encontraba detenida por ese delito, mientras que a nivel nacional el porcentaje alcanzaba el 47% (PPN 2019).

Los datos relevados demuestran la prevalencia de un sistema penal que, aún hoy, continúa abocado a reflexionar más sobre la coherencia interna de ciertos postulados que, a un análisis antropológico e integral de los estratos del delito, evidenciando un descreimiento de que las vivencias de las personas criminalizadas puedan llegar a tener influencia en sus trayectorias delictivas.

6. CONCLUSIÓN

A tres décadas de su postulación, la incidencia del concepto de culpabilidad por vulnerabilidad en la política criminal argentina es aún incipiente y muy escasa. Ello se debe, en cierta medida, a la resistencia que oponen a su aplicación algunos sectores políticos, jurídicos y académicos, y si bien se generaron algunos debates en torno a la visión general de los doctrinarios, lo cierto es que, la –de antemano– postura crítica hacia la misma, impide discutir los eventuales efectos que podría tener en la práctica la implementación de un concepto como la culpabilidad por vulnerabilidad.

La histórica vinculación del concepto de culpabilidad con la pena, lleva a que muchos analicen la propuesta de los autores argentinos desde una postura legitimante de la pena y, desde ese punto de vista, no es posible hacerle grandes cuestionamientos, pues la misma, parte desde una teoría de la pena totalmente opuesta –que tras reconocer la selectividad con la que el deber ser penal se realiza en la realidad del poder punitivo, se resiste a la vasta mayoría de las doctrinas justificadoras de la pena– y, sólo desde ahí es posible un abordaje de la culpabilidad por vulnerabilidad.

Entre las críticas que se le han formulado desde los espacios académicos se pueden destacar las siguientes:

Para Creus, la idea de culpabilidad como una connotación ética que contiene una valoración estigmatizante y que concentra en el sujeto una responsabilidad que incumbe a toda la sociedad, atiende en realidad a un contenido deformado del juicio de reproche y descuida que la culpabilidad se viene construyendo sobre el margen del dominio del autor que las circunstancias del hecho –incluidas las sociales– le dejan manejar con sus libres valoraciones. En ese sentido, considera que una noción así sociologiza la culpabilidad convirtiéndola en co-culpabilidad (socio-individual) y tiene el efecto de desplazar la culpabilidad de acto para conducirnos hacia una renovada culpabilidad de autor (1998, 277-278).

Donna, también entiende que la culpabilidad, como la conciben los autores argentinos, ya no es por el acto sino por el autor. Asimismo, señala que esa teoría no es otra cosa que la teoría de Lombroso al revés, puesto que hay seres humanos incapaces de motivarse de acuerdo a la norma, sólo que, en vez de encerrarlos debemos premiarlos o, por lo menos, consentirles sus daños. Además, expone, poco vale en esa postura el papel de la víctima, aunque sea también marginada (Donna 1996, 127).

Por su parte Vitale, entre otras críticas, señala que la irracionalidad selectiva del poder penal es una característica propia del sistema de persecución del estado y no del juicio de culpabilidad y para reducirla demanda la implementación de mecanismos compensatorios procesales –criterios de oportunidad procesal, la supresión de la prisión preventiva y establecimiento de alternativas al proceso penal (mediación)– (2009, 258). En mi opi-

nión, y si bien, ello es de utilidad en el tratamiento de esta cuestión, lo cierto es que en la práctica —en base a los datos estadísticos reseñados en este trabajo— lo que actualmente está en aplicación, aún no ha demostrado ser efectivo para reducir la selectividad.

Por último, las críticas no académicas refieren a esta postura como una suerte de “derecho penal proletario”, toda vez que favorecería a las clases sociales desfavorecidas. Frente a esa afirmación, Zaffaroni enfatizó que, “...tomar en cuenta los datos de la realidad que hacen a la vulnerabilidad de los criminalizados para determinar dentro de las escalas penales el grado de reproche de culpabilidad, no significa pretender un derecho proletario ni la condena o benignidad gratuita de nadie, sino dar lugar a una cuantificación punitiva menos irracional en el marco de una sociedad altamente estratificada...” (Zaffaroni 2016, 116).

En igual sentido, y tal como se puede observar a través de los casos referenciales, también existe una escasa receptividad del concepto en análisis en las resoluciones judiciales, de hecho, la gran mayoría de los jueces se aferran a los conceptos tradicionales y optan por la consideración de las variables de vulnerabilidad social en la etapa de contemplación de la pena en el marco del art. 41 del Código Penal, a efectos de una eventual atenuación.

En ello, mucho tiene que ver la alarma social frente al incremento de hechos delictivos, que genera una creciente demanda a las autoridades responsables para que se endurezca la persecución y el encierro de los ofensores, situación que ejerce una inusitada presión entre quienes imparten justicia.

También es cierto que la falta de un concepto unívoco de culpabilidad y la actual coexistencia de teorías antagónicas en nuestro país, propician una política criminal e incluso un sistema penal fragmentado, y esa situación redundará nada menos que en el ciudadano que es perseguido penalmente y debe enfrentar un proceso, porque según cual sea la corriente doctrinaria que siga el fiscal o el juzgador, su caso puede ser objeto de un tratamiento diferente, aun cuando presente similares circunstancias.

Ziffer, señala que los efectos de la indefinición de la culpabilidad fueron analizados por Streng, cuya investigación tenía por objetivo determinar cuáles eran los factores que conducen a desigualdades relativas en la aplicación de las penas. Sobre el particular, concluyó que precisamente la diversidad de los contenidos que se le atribuyen, se constituye en uno de esos factores. “...Las diferencias en los parámetros valorativos del juzgador conduce a diferencias en la valoración de la culpabilidad. Pues ninguno de los conceptos de culpabilidad contiene parámetros objetivos para su cuantificación; por ello, la mensuración de la pena de culpabilidad, si bien debe reflejar los parámetros transmitidos socialmente, termina convirtiéndose en el espejo de los valores personales del juzgador” (2005, 65).

Por otro lado, se puede concluir que la incidencia, si bien mínima fue positiva pues evidencia un paso hacia una política criminal más humana. Ello es así, ya que permite resolver cuestiones complejas, mediante un análisis desde la perspectiva de la persona criminalizada, para que a partir de allí y una vez depurado todo aquello que no se le puede reprochar al sujeto, se pueda establecer si es culpable y en su caso que grado de culpabilidad es atribuible al mismo, antes de ingresar a la cuantificación de la pena.

Conforme quedó expuesto, cuando hablamos de estado de vulnerabilidad no sólo nos estamos refiriendo a la pobreza sino a una confluencia de factores que afectan derechos elementales, lo que indefectiblemente tiene un impacto directo en la subjetividad de las personas y prescindir de ello cuando aplicamos la teoría del delito puede conducir a la deshumanización de la respuesta penal.

Hoy se advierte una fuerte intuición de los operadores del sistema de justicia sobre el impacto que puede tener el estado de vulnerabilidad de una persona en la resolución del caso, pero aún no se ha logrado la capacidad argumentativa suficiente para evaluar de qué forma repercute en la culpabilidad, y no solo en la determinación de la pena. Eso explica los pocos planteos que se realizan con un análisis enmarcado en el concepto de culpabilidad por vulnerabilidad, sin dejar de mencionar que, cuando se realizan, no son tratados por el juzgador.

BIBLIOGRAFÍA

- Asensio, R. y Di Corleto, J. 2020. Mujeres imputadas en contexto de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género”, de la Serie Cohesión Social en la práctica. Colección Eurosocial Nº 14, Cyan Proyectos Editoriales S.A.
- Ayos, E. J. 2010. Delito y pobreza: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais- IBCCRIM.
- Bacigalupo, E. 1996. Manual de Derecho Penal- Parte General, Temis.
- Bacigalupo, E. 1999. Derecho Penal- Parte General, 2da ed., Hammurabi.
- Binder, A. M. 1999. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2º Edición, Ad-Hoc.
- Binder, A. M. 2010. La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal, Revista de Estudios de la Justicia, Nº 12.
- Carrera, M. L. y Escalante, J. P. 2017. Las Reglas de Brasilia. Su impacto en la jurisprudencia penal. Ministerio Público de la Defensa. En Estudios sobre jurisprudencia. Se-

cretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.

Creus, C. 1998. Teorías actuales en el derecho penal, Ad Hoc.

De la Rúa, J. 2007. La política criminal en Argentina. En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLVI.

Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal. 2015. Vulnerabilidad social, adicciones y prácticas delictivas: estudio exploratorio, descriptivo e interpretativo, 1era Edición, Infojus.

Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. 2019. Informe ejecutivo del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena.

Donna, E. A. 1996. Teoría del Delito y de la Pena, Tomo 1, Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, 2° Edición, Astrea.

Erbetta, D. 2006. Proceso Formativo de la Teoría del Delito, Segunda Edición, UNR Editora.

Fernández, G. D. 1997. "De las penas" Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, coordinado por David Baigún, Eugenio R. Zaffaroni, Antonio García Pablos y José Pierangeli, Depalma.

Fernández, G. 2004. Bien Jurídico y sistema del delito, B de F.

Hassemer, W. 1982. Fundamentos del derecho penal, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch.

Jakobs, G. 1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Civitas.

Jakobs, G. 1997. El principio de culpabilidad - Estudios de Derecho Penal, Civitas.

Jakobs, G. 2004. Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad - Civitas.

Jescheck, H. H. 1995. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho Alemán y Español – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, N° 9.

Jescheck, H. H. y Weigend, T. 2002. Tratado de Derecho Penal – Parte General, Traducida por Miguel Olmedo, Quinta Edición.

Jiménez, E. B. 2003. Sobre el concepto de política criminal. Anuario de derecho penal y

- ciencias penales, (1), 113-150.
- Mir Puig, S. 1992. Conceptos, Número extraordinario – Derecho Penal, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino.
- Muñoz Conde, F. 2002. Introducción a la obra de Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Hammurabi.
- Narváez, R. 2013. Culpabilidad por vulnerabilidad y agnosticismo penal o “los muertos que vos matáis”, Publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Año 3, N° 3.
- Núñez, R. 1999. Derecho Penal – Parte General, 4° Edición actualizada, Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Pizarro Hofer, R. 2001. La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. Cepal.
- PPN. 2019. Colectivos sobrevulnerados en el encierro. Género y Diversidad Sexual. En Informe Anual 2019.
- Righi, E. 2003. La culpabilidad en materia penal, Ad-Hoc.
- Righi, E. 2001. Teoría de la Pena, Hammurabi.
- Rodríguez, M. 2000. Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas, en Birgin, Haydeé, comp., “Las trampas del poder punitivo”, Biblos.
- Roxin, C. 1997. Derecho Penal- Parte General, 2 ed., Civitas.
- Roxin, C. 1981. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Reus S.A.
- Roxin, C. 2000. Problemas actuales de la Política Criminal. Conferencia “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”. En Asociación Pensamiento Penal.
- Schünemann, B. 1995. El Sistema Moderno de Derecho penal: Cuestiones Fundamentales, Tecnos.
- Silva Sánchez, J. 1992. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, J. M. Bosch Editor S.A.
- Vallejo, M. J. 1999. Cuestiones Básicas del Derecho Penal, Editorial Ábaco.
- Vitale, G. 2009. Las garantías constitucionales en el proceso penal, compilado por Stella

- Maris Martínez, Defensoría General de la Nación, 1era Ed.
- Welzel, H. 2004. El nuevo sistema del derecho penal, Segunda reimpresión, Editorial B de F.
- Welzel, H. 1956. Derecho Penal – Parte General, Roque Depalma Editor.
- WOLA. 2016. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina.
- Zaffaroni, R. E. 1993. Hacia un realismo jurídico penal marginal, 1ª Edición, Monte Ávila Editores Latinoamericana.
- Zaffaroni, R. E. 2005. En torno de la cuestión penal, Editorial B de F.
- Zaffaroni, R. E. 2007. La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina, Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.
- Zaffaroni, R. E. 2012. Estructura básica del derecho penal, Ediar.
- Zaffaroni, R. E. 2016. Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI; Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Servicios Gráficos.
- Zaffaroni, R. E. Alagia, A. y Slokar, A. 2002. Manual de Derecho Penal – Parte General, 2ª edición, Ediar.
- Zaffaroni, R. E., Alagia, A. y Sloka, A. 2005. Manual de Derecho Penal – Parte General, 1ª edición, Ediar.
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. 2014. El Pensamiento alemán en el derecho penal argentino, en Rechtsgeschichte Legal History.
- Ziffer, P. 2005. Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed. – 1ª reimp., Ad-Hoc.